Anwendung des § 278 B.G.B. in Fällen, wo die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

Ernst Bitter
aus Kiel
Referendar in Münster i. W.

Approbiert am 18. Juli 1929.

1929

Buchdruckerei Ferdinand Althoff, Münster i. Westf.

30:5

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Geh. Justizrat Univ.-Prof.
Dr. phil., Dr. iur. Kübler.

Literaturverzeichnis.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Berlin 1902.

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB, insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Jher. Jahrb. 58, 187 ff.

Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders Familienangehörige und Dienstboten. Arch. f. bürgerl. Recht 27, 110 ff.

Brückner, Die privatrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten Anderer, insbesondere Vertreter und Gehilfen nach dem BGB und nach sonstigen Reichsgesetzen. Recht 1901 S. 309 ff., 339 ff., 373 ff.

Boehmer, Der Erfüllungswille. Bd. 20 der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches. Herausgeg. von Otto Fischer.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II 1, 4. Auflage Berlin 1909, Bd. II, 2, 4. Aufl. Berlin 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 6. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 1 und 2. 23./24. Auflage Marburg 1927.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB. (Berlin 1902.

Fischer, Karl, Die nicht auf Parteiwillen begründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. Würzburger Diss. 1904.

Fischer, Otto, Recht und Rechtsschutz. Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. Herausgeg. von E. J. Becker und O. Fischer, Berlin 1889.

Fuchs, Die Haftung des Mieters von Räumen für Beschädigungen durch am Mitgebrauch beteiligte Personen. Gruch. Beitr. 63, S. 277 ff.

Gierke v., Dauernde Schuldverhältnisse. Jherings Jahrbücher Bd. 64, S. 355 ff.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB Bd. I, 2. Auflage. Berlin 1903.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Heinsheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen nach der deutschen Praxis und dem oesterreichischen Entwurf. Grünh. Zeitschr. Bd. 40, S. 115 ff.

Hock, Die Haftung des Mieters für seine Räume. Marburger Diss. 1921 (Maschinenschrift).

Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach § 278 BGB. Freiburger Diss. 1902.

Josef, Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigungen durch seine Hausgenossen. J. W. 1914, S. 1026.

Josef, Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigungen durch Dritte. J. W. 1917, S. 936 f.

Kahn, Culpakompensation und Gehilfenhaftung. Arch. f. bürgerl. Recht 34, 350 ff.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. Jher. Jahrb. 17, 261 ff.

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Arch. f. d. ziv. Prax. 91, 155.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

Kretschmar, Die Erfüllung. 1. Teil Leipzig 1906.

Krier, Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten. Frankfurter Diss. 1927.

Krückmann, Pflichterfüllung und Rechtsausübung. Jher. Jahrb. 65, 209 ff.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs eines BGB. Arch. f. d. civil. Prax. 73, 161 ff.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht Band XV, Heft 1, der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches. Herausgeg. von Otto Fischer 1906.

Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches. 3. Aufl. Berlin 1913.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch. f. d. ziv. Prax. 106, 309 ff., 109, 1 ff.

Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach dem BGB, in Vergleichung mit dem gemeinen und dem Landrecht. Berlin 1898.

Ostwald, Der Erfüllungsdiener. Eine Studie vornehmlich zu den §§ 278, 831 BGB mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht, Berlin-Leipzig 1920.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Kommentar zum BGB Bd. II, 1. 4. Aufl. Berlin 1914.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der: Bd. I, 6. Aufl. 1928.

Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II, Berlin 1903.

Rümelin, Max, Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.

Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung und Stellung des deutschen BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg und Leipzig 1896.

Rümelin, Gustav, Culpahaftung und Causalhaftung. Arch. f. d. ziv. Prax. 88 S. 285.

Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1851.

Sachse, Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse bei der Miete. Heidelberger Diss. 1923 (Maschinenschrift).

Scheuermann, Die Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen nach § 278 BGB. Straßburger Diss. 1911.

Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB. Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 1 ff.

Schulz, Fritz, Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht. Zeitschr. f. d. Privat und öffentl. Recht Bd. 38, S. 9 ff. Wien 1911.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum HGB I. 12./13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Stephan, Die Unterlassungsklage. München 1908.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung. Jena 1900.

Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsververhältnissen nach geltendem Recht. Jher. Jahrb. 64, 161 ff.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Jher. Jahrb. 30, 363 ff., Handeln auf fremde Gefahr. Jher. Jahrb. 33, S. 299 ff.

Wendt, Unterlassung und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Arch. f. d. ziv. Prax. 92, 1 ff.

Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem BGB. Erlanger Diss. 1900.

Warneyer, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Tübingen 1923.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung 11

B. Anwendung des § 278 BGB bei Unterlassungspflichten.

1. Abschnitt: Grundsätzliches

I. Die Unterlassungspflicht. 13

1. Geschichtlicher Ueberblick und Arten. . . 13

2. Behandlung im Rechtsleben, insbesondere im BGB. 14

II. Der dem § 278 zu Grunde liegende Rechtsgedanke 16

1. Die einzelnen Theorien. 16

2. Insbesondere die Gefährdungstheorie und ihre Stellung zur Frage der Anwendung des § 278 bei Unterlassungspflichten. 22

2. Abschnitt: Im einzelnen.

I. Die bisherigen Meinungen über eine Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten. . . 29

1. Contra. 29

a) Die Ansicht Lehmann und Genossen. . . 29

b) Die Uebrigen. 33

2. Pro. 34

a) Die Ansicht des RG und der übrigen Literatur außer: 34

b) Sachse. 34

c) Krier. 35

II. Interpretation des § 278 BGB. 38

1. Die Unterlassungspflicht als Verbindlichkeit im Sinne von § 278 BGB. 38

2. Erfüllung einer Unterlassungspflicht. . . . 41

3. Sich bedienen zur Erfüllung einer Unterlassungspflicht. 46

4. Abgrenzung des Personenkreises, für den der Schuldner einer Unterlassungspflicht nach § 278 haftet. 50

5. Abgrenzung von „in Erfüllung" und „bei Gelegenheit der Erfüllung" einer Unterlassungspflicht. 53

C. Das Ergebnis. 56

Einleitung.

Auf den ersten Blick ist man vielleicht geneigt, die Frage nach der Anwendung des § 278 BGB bei Unterlassungspflichten für ein rein theoretisches Problem zu halten. Drei Fälle aus dem täglichen Leben mögen jedoch den praktischen Hintergrund des Themas dartun und gleichzeitig zur besseren Einführung dienen.

1. Der Molkereibesitzer A verpflichtet sich gegenüber B, seinen Bedarf an Milch nicht durch Ankauf innerhalb des Bezirks M zu decken. Kurze Zeit darauf kauft der Prokurist des A für diesen vertragswidrigerweise Milch innerhalb des Bezirkes M, obwohl A ihm seine Anordnungen gemäß der mit B getroffenen Vereinbarung erteilt hatte. Kann B von A Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens verlangen?

2. M hat von V die zweite Etage eines Mietshauses gemietet. Im Mietvertrag war vereinbart, A habe zwischen 2—4 Uhr mittags jedes Klavier- und Grammophonspielen etc. zu unterlassen. A verreist für 2 Wochen und läßt sein Dienstmädchen in der Wohnung als Hüterin zurück. Das Mädchen vertreibt sich tagsüber und zwar auch zwischen 2—4 Uhr mittags die Zeit mit Grammophonspielen und Radiohören. Vorstellungen der die erste Etage bewohnenden Mietspartei bleiben erfolglos. Die Mieter der ersten Etage kündigen daraufhin ,da sie ihrerseits mit dem V ausgemacht hatten ,dieser müsse dafür sorgen, daß zwischen 2—4 Uhr alles Klavierspielen etc. im Hause unterbleibe. Kann V von M Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen?

3. V entdeckt bei der Besichtigung des von ihm an M vermieteten Hauses, daß der Parkettfußboden vor den meisten Oefen nicht unerhebliche Brandstellen aufweist, die auf Unvorsichtigkeit des Dienstmädchens beim Anheizen der Oefen zurückzuführen sind. Kann V von M Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens verlangen?

Dem natürlichen Rechtsempfinden und der Billigkeit nach ist eine Ersatzpflicht des A bezw. M jedenfalls zu bejahen. Läßt sich eine solche aber auch aus dem Gesetz herleiten?

Man könnte vielleicht an eine Ersatzpflicht nach § 831 in Verbindung mit § 823 Abs. I, II oder § 826 BGB denken. Jedoch abgesehen davon, daß es zum mindesten in den Fällen zu 1 und 2[1]) überhaupt an der Erfüllung des objektiven Tatbestand der §§ 823 Abs. 1[2]), Abs. 2, oder 826 fehlt, wird dem Schuldner der nach § 831 zulässige Exculpationsbeweis fast immer gelingen.

Im Falle 1 könnte man fernerhin zunächst daran denken, die Haftung des A damit zu begründen, daß der Prokurist als Vertreter des A diesen verpflichtet habe. Hier ist jedoch zu beachten, daß der Prokurist zwar als Vertreter des A hinsichtlich des von ihm abgeschlossenen Kaufvertrages über Milch anzusehen ist, soweit es sich dabei aber um Erfüllung der dem A gegenüber B obliegenden Unterlassungspflicht handelt, kann der Prokurist nicht Vertreter des A gewesen sein, denn hierbei handelt es sich um eine Zuwiderhandlung, einen tatsächlichen Akt; das BGB kennt eine Stellvertretung aber nur bei Rechtsgeschäften.

Es bleibt also nur mehr übrig zu untersuchen, ob sich nicht vielleicht eine Haftung aus § 278 BGB herleiten läßt. Hierbei drängt sich dann sofort die Frage auf, ob es denn überhaupt möglich ist, eine Unterlassungspflicht[3]) durch einen Dritten, einen Erfüllungsgehilfen[4]) im Sinne von § 278, zu erfüllen.

Da es hier nicht darauf ankommt gerade die eingangs erwähnten drei bestimmten Fälle zu lösen, sondern wir ganz allgemein untersuchen wollen, inwieweit der § 278 auch bei Unterlassungspflichten zur Anwendung kommen kann, muß zunächst, um eine erschöpfende Behandlung des Themas zu gewährleisten, auf die negative Verbindlichkeit als solche und ihre Stellung im Gesetz gegenüber der positiven Verbindlichkeit kurz eingegangen werden.

---

[1]) Auch im Fall 3 fällt § 823 Abs. I aus sobald der Vermieter nicht Eigentümer des Hauses ist.

[2]) Die Verletzung eines Forderungsrechts oder eine Schädigung des Vermögens als solches fällt bekanntlich nicht unter § 823 Abs. I.

[3]) Daß es sich in den Fällen 1 und 2 um eine Unterlassungspflicht handelt, ist wohl ohne weiteres ersichtlich. Aber auch im Falle 3 handelt es sich, wie wir gleich noch sehen werden, um eine negative Verbindlichkeit.

[4]) Der ebenfalls im § 278 behandelte Fall, daß der gesetzliche Vertreter für den Schuldner handelt, soll hier außer Betracht bleiben, da er keine besondere Schwierigkeiten bietet.

Anwendung des § 278 BGB bei Unterlassungspflichten.

1. Abschnitt: Grundsätzliches.

I. Die Unterlassungspflicht.

1. In älterer Zeit wurde den Unterlassungspflichten nur sehr geringe Bedeutung beigemessen. So erwähnen die römischen Quellen nur ganz beiläufig an einzelnen Stellen eine negative Verpflichtung. Nur bei der Frage der Teilbarkeit der Leistung ist die Behandlung etwas ausführlicher[5]). Nicht anders ist es im deutschen Recht. Die Spiegel sprechen stets nur von einem „lesten" oder „gelden", also einem positiven Tun. Dies änderte sich auch nicht im gemeinen Recht. So spricht Savigny[6]) von dem „seltenen und untergeordneten Fall einer obligatio non faciendi".

Diese Nichtachtung der Unterlassungspflicht erklärt sich ganz einfach aus ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit für diese Zeit. Erst die Neuzeit mit ihren Konkurrenzverboten, Stimmenthaltungsverträgen, pacta de non licitando etc. war dazu geeignet, die negative Verbindlichkeit mehr in den Vordergrund zu schieben. Aber auch heute noch spielt die Unterlassungspflicht neben der positiven Leistungspflicht nur eine verhältnismäßig nebensächliche Rolle. Die Mehrzahl aller negativen Verpflichtungen kommt überhaupt nur in Verbindung mit einer positiven Leistungspflicht vor, ja bisweilen kann man zweifeln, ob das, was man als eine Unterlassungspflicht ansehen möchte, nichts anderes ist, als die bloße Umkehrung einer positiven Leistungspflicht.

Je nach dem Grade ihrer Selbständigkeit lassen sich die Unterlassungspflichten folgendermassen einteilen[7]): 1. Selbständige oder primäre Unterlassungspflichten. Bei ihnen erschöpft sich das Schuldverhältnis in der Verpflichtung, etwas zu unterlassen. So in dem obigen Fall 1. 2. Kombinierte Unterlassungs-

---

[5]) Z. B. l. 85 § 3 D 45, 1; l. 2 § 5 eod.; l. 4 pr. eod.
[6]) Obligationenrecht I S. 296.
[7]) Oertmann: § 241 Anm. 2 a—e; Staudinger § 241 Anm. 5 b; RGR Kom. § 241 Anm. 2; Lehmann a. a. O. S. 11; Ulrich a. a. O. S. 170; Wendt a. a. O. S. 6.

pflichten. Sie sind mit einer positiven Leistungspflicht verkoppelt, und zwar so, daß die negative Pflicht der positiven koordiniert ist. So in dem obigen Fall 2, wo sich M in Verbindung mit seinen sonstigen positiven Verpflichtungen aus dem Mietvertrag zu einem Unterlassen verpflichtet hat. 3. Unselbständige oder sekundäre Unterlassungspflichten. Sie sind einer positiven Leistung subordiniert, sie sind dazu bestimmt, die positive Leistung zu sichern, sie bilden die Kehrseite einer positiven Verpflichtung, wie Lehmann sagt. „In dem Befehl zu einer bestimmten Tätigkeit zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ist notwendig mitenthalten das Verbot jeder anderen die Erreichung des Obligationszweckes vereitelnden oder gefährdenden Tätigkeit“[8]). So hat der Mieter alles zu unterlassen, was die Erfüllung seiner Verpflichtung zur unversehrten Rückgabe der Mietsache vereitelt; also darf er auch keine Löcher in das Parkett der ihm vermieteten Wohnung brennen[9]).

2. Was die Behandlung der Unterlassungspflicht im Rechtsleben angeht, so war dieselbe in älterer Zeit der geringen Bewertung der negativen Verbindlichkeit entsprechend eine sehr schlechte. In der Legaldefinition der obligatio des römischen Rechts sind als Gegenstand eines Schuldverhältnisses nur positive Leistungen, ein dare, facere oder praestare berücksichtigt; von Fällen, wo die Verpflichtung des Schuldners auf ein Unterlassen geht, ist überhaupt nicht die Rede. Im deutschen Recht wird, wie bereits erwähnt, die negative Verbindlichkeit als Leistungsinhalt überhaupt nicht behandelt. Das gemeine Recht akzeptierte die Definition der römischen obligatio. Erst später mit der Zunahme der negativen Verbindlichkeit bemühte man sich, derselben auch eine entsprechende Stellung im Gesetz zu verschaffen. Dies bedingte dann eine Neufassung des Begriffs der Obligation überhaupt. Das dare, facere und praestare paßte nicht mehr. § 241 BGB stellt daher Tun und Unterlassen als Inhalt von Schuldverhältnissen einander gleich. Leistung ist danach ganz allgemein „das Verhalten, das der Gläubiger vom Schuldner zu fordern berechtigt ist“[10]) und alle für die Leistung geltenden Vor-

[8]) Lehmann a. a. O. S. 167.

[9]) Bei der Miete fällt die sekundäre Unterlassungspflicht zusammen mit anderen positiven Pflichten unter die sog. Obhutspflicht des Mieters.

[10]) Lehmann S. 53.

scriften müssen daher auch für die Unterlassungspflichten zur Anwendung kommen. Ohne eine „Vergewaltigung des Sprachgefühls", wie Lehmann sagt, läßt sich nun freilich derselbe Rechtssatz dem Wortlaut nach nicht immer auf positive und negative Leistungspflichten gleichmäßig anwenden. Bei der Abfassung des BGB war eben die grundsätzliche Gleichbehandlung von Tun und Unterlassen als Gegenstand eines Schuldverhältnisses noch etwas Neues; die Redaktoren des BGB waren selbst noch „Kinder ihrer Zeit und konnten durch eine einfache Definition ihr eigenes Sprachgefühl nicht ohne weiteres ummodeln"[11]). So ist zwar in manchen Fällen, um dem Sprachgefühl gerecht zu werden, eine Sonderregelung für Unterlassungspflichten getroffen worden (so §§ 198 Satz 2, 339 Satz 2, 358 BGB), in einigen Fällen paßt jedoch die Bestimmung offenbar direkt nur für eine positive Leistung. Man denke nur an die für den Verzug, den Leistungsort oder die Unmöglichkeit der Leistung getroffenen Bestimmungen. Hieraus läßt sich nun aber keinesfalls folgern, daß die betreffende Vorschrift für negative Verbindlichkeiten schlechthin unanwendbar ist. Vielmehr kann es hier allein auf den Grundgedanken des betreffenden Paragraphen ankommen. Läßt dieser dem Sinn nach eine Einbeziehung der negativen Verbindlichkeiten zu, so ergibt sich aus der an die Spitze des Schuldrechts gestellten Subsumption der Unterlassung unter den Leistungsbegriff ,daß diese Bestimmung auch bei Unterlassungspflichten zur Anwendung kommen muß. Nur wo die betreffende Vorschrift in Bezug auf Unterlassungspflichten sinnlos ist'[12]), darf man auf eine Anwendung verzichten, da sie dann eben an der Natur der Unterlassung scheitert.

Bei der hier aufgeworfenen Frage nach der Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten ist es demnach zuerst notwendig, nach dem Grundgedanken, nach der ratio legis des Paragraphen zu forschen, denn im Wortlaut nach paßt § 278 doch wohl nicht so ohne weiteres für Unterlassungspflichten. Wenn man im Fall 1 der Einleitung vielleicht bei direkter Anwendung des § 278 noch sagen könnte, daß hier Erfüllungsgehilfenschaft vorliege[13]), so scheint es in den beiden anderen Fällen doch tatsächlich

---

11) Lehmann a. a. O.

12) Nach Staub, Positive Vertragsverletzung, ist dies z. B. bei den Vorschriften über den Verzug und die Unmöglichkeit der Fall.

13) So RGZ 63, 116.

„eine Vergewaltigung des Sprachgefühls" zu sein, wenn mann sagen wollte, daß der Mieter sich seines Dienstmädchens zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Vermieter, zwischen 2—4 Uhr kein Klavier zu spielen und keine Löcher in den Parkettboden zu brennen, bediene.

Bei der Frage nach dem Grundgedanken des § 278 BGB kommt es auf zweierlei an. Zuerst gilt es festzustellen: Welche Stellung nimmt der Paragraph im System des Gesetzes ein, welches ist der innere Grund, warum läßt der Gesetzgeber den Schuldner für seine Hilfspersonen wie für eigenes Verschulden haften? Dies ist besonders wichtig, da es sich hier um einen Fall des Schadenersatzes handelt und die Haftung für Schaden im Recht auf ganz bestimmten Prinzipien beruht. Läßt sich § 278 aus einem dieser Prinzipien erklären, oder stellt er ein eigenes, neues Prinzip dar, oder beruht er auf überhaupt keinem bestimmten Prinzip? Nach Beantwortung dieser Frage müssen wir dann versuchen unter Verwertung des Ergebnisses den Wortlaut des § 278 zu interpretieren und uns zu fragen, was wollte der Gesetzgeber sagen, welche Fälle wollte er treffen, kann die „Verbindlichkeit" nach dem Sinn des Gesetzes auch in einem Unterlassen bestehen? Bei dieser Gelegenheit wird dann auch auf das einzugehen sein, was gegen eine Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten vorgebracht worden ist.

II. Der dem § 278 zugrunde liegende Rechtsgedanke.

1. Die Frage nach dem inneren Grund des §278 ist in der Literatur schon vor Inkrafttreten des BGB und auch schon vor seiner Abfassung de lege ferenda Gegenstand des lebhaftesten Streites gewe[illegible]er auch heute noch nicht beigelegt ist. Da jedoch die zahlreichen Theorien über die ratio legis des § 278 bereits in mehreren Monographien Gegenstand eingehendster Behandlung gewesen sind[14]), und ein großer Teil derselben heute auch veraltet ist, können wir uns hier auf die Behandlung der wichtigsten, heute noch zur Diskussion stehenden Theorien beschränken.

Ausgangspunkt aller Theorien ist immer die Frage, warum haftet der Schuldner eigentlich für das Verschulden seines Gehilfen, da ihn ein Verschulden, das sonst regel-

[14]) Vgl. die erschöpfende Behandlung aller Theorien bei Hoffmann S. 32 ff.; ferner in ausführlicher Weise: Karl Fischer S. 44 ff. und Scheuermann S. 17 ff.

mäßig die Voraussetzung einer Haftung ist, doch offenbar nicht trifft, denn darin, daß er einen Gehilfen zuzieht, kann ein solches nicht liegen, denn einerseits sieht das Gesetz diesen Fall ja direkt vor (§ 267 BGB), und außerdem wird ihm dies auch oft vom Gläubiger ausdrücklich gestattet sein. Nun gibt es freilich im BGB eine ganze Reihe von Fällen einer Haftung für schuldlose Handlungen, aber alle diese Fälle beruhen auf ganz bestimmten Rechtsgedanken oder Prinzipien[15]). Welches ist nun das dem § 278 zugrunde liegende Prinzip?

Sehen wir zunächst, wie sich die Motive zu dieser Frage stellen. Sie sprechen sich über den Grund der Gehilfenhaftung folgendermassen aus[16]): „Mit Recht läßt sich für den heutigen Verkehr sagen, daß der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf eigene Gefahr handelt. In seiner Eigenschaft als Schuldner, welcher zur Leistung verpflichtet ist, kann er sich der Verantwortung nach Maßgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnisse zu beobachtenden Dilligenz für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei der ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlung zuzieht. Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Uebernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist."

Diese Aeußerung der Motive enthält nicht weniger als drei verschiedene Begründungen für § 278. Nämlich einmal betonen die Motive das Interesse, das der Schuldner an der Zuziehung des Gehilfen hat. „Eigenes Interesse, eigene Gefahr, fremdes Interesse, fremde Gefahr"[17]). In wessen Interesse die Handlung vorgenommen wird, der haftet auch für den aus derselben etwa entstehenden Schaden. Hiergegen ist mit Recht eingewandt worden, daß die Zuziehung eines Gehilfen gar nicht immer bloß im Interesse des Schuldners liegen muß, so beruht die Zuziehung von Gehilfen bei den reinen Gefälligkeitsgeschäften, beim Auftrag, bei der unentgeltlichen Verwahrung doch ausschließlich auf dem Interesse des Gläubiger[18]).

---

15) Vgl. die Einteilung von Enneccerus I, 1 199.
16) Motive II S. 30.
17) So schon früher Unger Jher. Jahrb. 33, S. 359.
18) So Hoffmann, S. 34; Scheuermann S. 20.

Ferner suchen die Motive die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen mit seiner „Verpflichtung zur Leistung" zu rechtfertigen. Dieser Gedanke wurde schon von den Anhängern der gemeinrechtlichen Erfolgstheorie zur Begründung der Haftung des conductor operis für seine Gehilfen benutzt[19]). Der Unternehmer, so führte das RG damals aus, verpflichtet sich zur Herstellung des Erfolges im Ganzen. „Wer aber in dieser Weise kontrahiert, der hat es lediglich mit sich selbst abzumachen, wenn er aus irgend einem Grunde nicht in der Lage ist, das fragliche Ergebnis durch seine eigene, alleinige Tätigkeit herbeizuführen. Er nimmt alle zur Ausführung erforderlichen Hilfspersonen nur auf eigene Gefahr an[20])."

Die Unzulänglichkeit dieser Theorie zur Erklärung der ratio legis des § 278 BGB ergibt sich schon daraus, daß diese eben ganz auf den Werkvertrag, einen Vertrag, in dem ein Erfolg versprochen wird, abgestellt ist. Außerdem wird diese Theorie dadurch widerlegt, daß, wenn sie konsequent durchgeführt würde, der Schuldner auch für Zufall haften müßte, „denn er hat nicht erfüllt, was er versprochen hatte, auch wenn ein casus die Unmöglichkeit der Erfüllung verursachte"[21]).

Als dritten Grund führen die Motive an, daß der Schuldner bei dem Versprechen der Leistung gleichzeitig stillschweigend eine Garantie für Handlungen der Personen, die bei der Erfüllung erlaubter Weise mitwirken, übernehme[22]).

Diese Annahme eines stillschweigenden Garantieversprechens ist aber ganz willkürlich. Tatsächlich wird ein solches gar nicht abgegeben und es besteht auch nicht der geringste Anlaß anzunehmen, daß der Schuldner ein solches stillschweigend bei dem Versprechen zur Leistung abgegeben hat. Diese Erklärung der Motive ist daher eine Fiktion; mit einer Fiktion läßt sich aber nicht der Grundgedanke des § 278 erklären[23]).

---

[19]) RGZ. 10, 166 f.; ROHG 13, 77; 12, 79.

[20]) RG 10, 166 f. Das war auch die Ansicht der Klassiker des römischen Rechts. Vgl. Schulz, Grünhuts Zeitschrift Bd. 38, S. 9 ff.

[21]) Fischer, S. 54; ebenso Hoffmann S. 98; Feder S. 20.

[22]) ähnlich schon die gemeinrechtliche Assekuranztheorie; vgl. Fischer S. 48.

[23]) Ebenso Fischer, S. 53; Wertheimer, S. 28; Hoffmann, S. 39; Brodmann, S. 217.

Die Beantwortung der Frage nach dem inneren Grund der Gehilfenhaftung durch die Motive kann demach nicht befriedigen.

Ein weiterer Erklärungsversuch findet sich bei Enneccerus[24]). Ausgehend von der Definition der Obligation als „Einstehen für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers", kommt Enneccerus zu der Folgerung, daß der Schuldner keineswegs immer nur für seine eigenen Handlungen haftet. So haftet er nämlich für die Haftung eines Dritten, wenn hierin gerade das Privatinteresse des Gläubigers besteht; hierbei braucht die Person des Dritten noch nicht von vorneherein festzustehen, sondern es genügt, wenn die Leistung durch eine unbestimmte vom Schuldner nach seiner Wahl erst zu bestimmende Person vorgenommen werden soll. Wie der Schuldner aber bei eigener Leistung eigene Sorgfalt schuldet, so schuldet er bei fremder Leistung fremde Sorgfalt. „Der Gehilfe soll also ein vom Schuldner nach seinem Ermessen zu erwählender Dritter sein, dessen Leistung und damit dessen Sorgfalt geschuldet werde"[25]).

Diese Ansicht läßt sich jedoch aus dem Grunde nicht halten, weil ihre Grundlagen nicht richtig sind. Einmal muß es schon höchst bedenklich erscheinen, daß jeder Schuldner, der sich eines Erfüllungsgehilfen bedient, fremde Leistung, nämlich die seines Gehilfen schuldet. Mag dies auch in einzelnen Fällen, und zwar besonders bei dem Versprechen der Leistung durch eine bestimmte Person[26]), zutreffen, so gilt dieser Satz doch keinesfalls in dieser Allgemeinheit. Grundsätzlich schuldet der Schuldner vielmehr nur die Bewirkung der Leistung überhaupt[27]). Auf keinen Fall aber schuldet der Schuldner jemals fremde Sorgfalt. Maßgebend ist vielmehr immer die Sorgfalt des Schuldners, die dieser hätte anwenden müssen, wenn er selbst erfüllt hätte, wie sich aus den Worten des § 278: „in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigenes Verschulden", ergibt[28]).

---

[24]) a. a. O. S. 142. Ebenso Blau, S. 46; Staudinger II, 1, S. 153; Krier, S. 19.

[25]) Hoffmann S. 61.

[26]) So, wenn ich mich verpflichte durch Professor X in München ein Gemälde schaffen zu lassen.

[27]) Vgl. Hoffmann S. 62.

[28]) Vgl. RGR-Kom. § 278 Anm. 4; gegen Enneccerus auch Fischer, S. 55; Scheuermann, S. 20; Nußbaum, S. 47 Anm. 2. Krier, (S. 19), der die Ansicht von Enneccerus vertritt,

Eine Anzahl Schriftsteller[29]) hat sich damit begnügt, den § 278 aus allgemeinen sozialen Bedürfnissen oder sonstigen Billigkeitserwägungen zu erklären. Die Haftung des Schuldner für seinen Gehilfen sei ein Gebot der Verkehrssicherheit und Vertragstreue. Zweifellos haben derartige Rücksichten den Gesetzgeber bei der Abfassung des § 278 bestimmt, aber eine derartige Erklärungsweise hat keinen praktischen Wert. Der Hinweis, daß § 278 aus einem Verkehrsbedürfnis entstanden sei, ist nicht geeignet, uns die die Lösung einer Streitfrage, die wir aus dem Grundgedanken des Pragraphen zu erhalten hoffen, zu geben. Es gilt hier vielmehr das juristische Prinzip, auf dem § 278 beruht, oder wenigstens den Zusammenhang mit den sonstigen Grundsätzen unseres Rechts zu erforschen.

In neuer Zeit hat Brodmann[30]) versucht, den Grundgedanken des § 278 dadurch zu erklären, daß er von der historischen Entwicklung der Erfüllungsgehilfenschaft ausgeht. Brodmann sagt, das Vorbild für § 278 BGB war die Haftung des Meisters für seinen Gehilfen beim Werkvertrag, wie man sie schon im gemeinen Recht konstruierte. Beim Werkvertrag steht der Erfüllungsgehilfe, der Geselle, mit seiner Arbeit unselbstständig da; „er leistet sie als Teil und Stück der Betätigung seines Meisters“[31]). Wenn jemand die Beschaffung eines Werkes durch einen Erfüllungsgehilfen zusagt, so verspricht er „Leistung einer erweiterten Persönlichkeit nach Maßgabe der Ansprüche, welche man an die Leistung des damit befaßten Individuums stellen darf“. Da aber nach herrschender Lehre und Auffassung durch

---

beruft sich dabei auf zwei Entsch. des RG. in RGZ. Bd. 78, 240; JW 1915, 240. M. E. geht aber aus diesen Entsch. nicht hervor, daß das RG sich damit auf den Boden der Theorie von Enneccerus stellen wollte. Das RG drückt sich viel vorsichtiger aus, indem es ausführt, § 278 beruhe auf dem Rechtsgedanken, „daß, wer selbst eine Leistung schuldet, die er mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewirken hat, dann, wenn er hierzu einen Gehilfen verwendet, für die sorgfältige Leistung des Gehilfen einstehen muß, und daß ebenso der Andere dem gegenüber die Leistung zu bewirken ist, nicht schlechter gestellt sein darf, weil der Gegner sie nicht selbst ausführt, sondern sie einem Gehilfen übertragen hat“. Das RG spricht also weder vom Schulden einer fremden Leistung, noch vom Schulden fremder Sorgfalt.

29) Endemann, S. 653; Dernburg, § 68 Anm. 2; Nußbaum, S. 48 f.; Rümelin, Gustav, Arch. f. d. ziv. Prax., 88, S. 285 ff.

30) a. a. O. S. 221.

31) S. 223.

§ 278 das, was für den Werkvertrag galt, auf alle Vertragsarten schlechthin ausgedehnt werden sollte, so sieht Brodmann den Rechtsgrund der Haftung für den Erfüllungsgehilfen ganz allgemein in „der geschlossenen Organisation der geteilten Arbeit", in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis des Gehilfen vom Schuldner[32]).

Daß diese Auffassung Brodmann's vom Grundgedanken des § 278 nicht richtig sein kann, ergibt sich, wie Planck[33]) ausführt, schon daraus, daß das BGB in den §§ 269, 270, 447 an dem Unterschied von Bring- und Schickschulden festgehalten hat. Was sollte diese Unterscheidung, „wenn der selbstständige Transportunternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Bringschuldners sein könnte"? Außerdem würde die Ausdehnung der für den Werkvertrag geltenden Regeln auf alle Vertragsarten, was doch, wie Brodmann selbst sagt, der Zweck des § 278 war, geradezu illusorisch werden, denn ein Abhängigkeitsverhältnis, wie Brodmann es verlangt ,gibt es eben fast nur beim Werkvertrag. So würde z. B. nicht haften, wer seinen Freund bittet, für ihn ein geliehenes Buch zurückzubringen, wenn dieser es unterwegs in eine Pfütze fallen läßt und so beschädigt[34]). Ebenso könnte man die Krankenhausverwaltung nicht nach § 278 belangen, wenn der Chefarzt durch fahrlässige Behandlung den Tod des Patienten verursacht hat[35]). So ist die Theorie Brodmann's denn auch in der Literatur[36]) und von der Rechtsprechung[37]) fast einmütig abgelehnt worden.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit der von Brodmann vertretenen Ansicht hat die von Heinsheimer[38]) aufgestellte Theorie. Auch nach Heinsheimer's Auffassung ist im § 278 von dem Grundsatz, daß der Schuldner regelmäßig nur für Verschulden haftet, keineswegs abgewichen. Auch im § 278 ist das Verschuldensprinzip aufrecht erhalten, doch erscheint hier als Objekt der Culpahaftung nicht der Schuld-

---

32) Die Ideengänge Brodmann's finden sich auch schon bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 803. Neuerdings bei Oswald S. 25 ff.

33) § 278 Anm. 2 b, S. 232.

34) Krier S. 17.

35) Für die Haftung der Krankenhausverwaltung bzw. der Stadtgemeinde RGZ 64, 234.

36) Planck § 278, Anm. 2 b; Staub, S. 339, Anm. 68; Enneccerus, S. 143, Anm. 7; Sachse, S. 57; Krier, S. 16.

37) Außer RGZ 64, 234 vor allem 101, 152.

38) a. a. O. S. 126 f.; zustimmend nur Sachse, S. 9 ff.

ner als Einzelperson, sondern das „Schuldnerunternehmen", das aus dem Schuldner und seinem Erfüllungsgehilfen gebildet wird; „der Person des Schuldners wird sein Unternehmen als der wahre wirtschaftliche Boden seiner schuldrechtlichen Beziehungen substituiert". Dabei ist unter Unternehmen — dadurch unterscheidet sich die Heinsheimer'sche Ansicht im wesentlichen von der Theorie Brodmann's — „nicht die dauernde äußerliche Betriebseinheit, sondern die durch die fragliche obligatorische Beziehung veranlaßte Einzelunternehmung des Schuldners zu verstehen"[39]).

Gegen diese Theorie Heisheimer's ist dasselbe einzuwenden, was man schon der gemeinrechtlichen Werkzeugtheorie vorgeworfen hat, nämlich, daß sie nur ein Bild ist und nicht ein juristisches Prinzip aufstellt. Dieser Einwand kann auch nicht durch den Hinweis auf § 855 BGB, wo das Gesetz selbst in ganz anderem Zusammenhang einmal ein ähnliches Bild verwendet, entkräftet werden. Vielmehr kommt Heinsheimer's Auffassung von dem gedachten „Schuldunternehmen" denjenigen Theorien, die § 278 mit dem Vorliegen einer Fiktion erklären wollen, bedenklich nahe.

2. Eine weitere Theorie über den inneren Grund des § 278 ist die Gefährdungstheorie. Die Anhänger dieser Theorie sehen in der Zuziehung eines Gehilfen ein Verhalten des Schuldner, das man diesem zwar nicht zum Vorwurf machen kann, wodurch aber der Gläubiger in seiner Rechtslage gefährdet wird, und deshalb müsse der Schuldner auch für allen Schaden, der aus dieser Gefährdung entsteht, einstehen.

M. E. ist diese Theorie die einzige, die uns eine wirklich befriedigende Antwort auf die Frage, was der dem § 278 zugrunde liegende Rechtsgedanke ist, zu geben ver-

---

[39]) Heinsheimer a. a. O. S. 127 Anm. 8. Uebrigens ist auch diese Theorie bereits in ähnlicher Weise von der gemeinrechtlichen Wissenschaft aufgestellt worden. So enthält z. B. Dreyer's Theorie vom faktischen Vertreter ganz ähnliche Gedanken (Verhdlg. d. 17. deutsch. Juristentages I, S. 96): „Wenn auch der Prinzipal nicht handelt, so ist doch das Tun seines Arbeiters seine Tat. Der Arbeitgeber ist demnach für seine eigene Tat verantwortlich, die er durch fremdes Tun vollbringt. Das ist die wahre Bedeutung des Satzes: qui facit per alium, facit per se". Im übrigen vgl. Scheuermann a. a. O., S. 32 ff.; daselbst auch weitere Literaturnachweise über diese sog. Werkzeugtheorie.

mag. Alles, was man gegen die Gefährdungstheorie vorgebracht hat, ist nicht geeignet ,die Richtigkeit derselben ernstlich anzuzweifeln. Es kommt nur darauf an, worin man die Gefährdung des Gläubigers erblicken will. Hierzu ist es aber wiederum erforderlich, vorerst den Begriff der „Gefährdung" näher zu erläutern, denn letzten Endes bedeuten auch die unbedeutendsten und alltäglichsten Lebensäußerungen vielfach eine Gefährdung insofern, als sie geeignet sind einen Schaden hervorzurufen. Wollte das Gesetz an jede dieser Gefährdungen eine Haftung knüpfen, so käme dies auf das jedem gesunden Rechtsgefühl widerstrebende und längst über Bord geworfene Veranlassungsprinzip heraus. Es muß also offenbar noch ein weiteres Moment hinzukommen, damit man von einer Gefährdung i. e. S. sprechen kann, nämlich einer solchen, welche eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht. Als derartiges Moment kommt vor allem eine gewisse Erheblichkeit der Gefährdung in Frage. Von einer solchen kann man dann sprechen, wenn „die durch eine Handlung oder ein Unternehmen hervorgerufene Gefahr eine große ist"[40]). Anders ausgedrückt will das besagen· von einer Gefährdung dürfen wir nicht schon dann sprechen, wenn die Möglichkeit, sondern nur, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Schädigung besteht.

Daß die Gefährdung gegenüber der Allgemeinheit zu bestehen braucht, ist nicht gesagt. Zwar ist diese Ansicht bisweilen in der Literatur vertreten[41]), aber dies beruht wohl nur darauf, daß der Begriff der Gefährdung bisher auf dem Gebiete des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht verwendet worden ist. So kann es Handlungen geben, bei denen eine Gefährdung der Allgemeinheit nicht vorliegt, bei denen aber einzelne Personen, die zu dem Handelnden in einem gewissen Verhältnis stehen, recht erheblich gefährdet sind; im Verhältnis zu letzteren bedeuten diese Handlungen daher auch eine Gefährdung, welche eine Haftung für den daraus etwa entstehenden Schaden zu begründen geeignet ist.

Eine solche Gefährdung einer einzelnen Person, nämlich des Gläubigers, liegt nun nach der Auffassung der Vertreter der Gefährdungstheorie bei der Zuziehung eines Erfüllungsgehilfen durch den Schuldner vor. Max Rüme-

40) Hoffmann S. 90.

41) So Sachse, S. 7/8 im Anschluß an Heinsheimer S. 124.

lin[42]), der diese Theorie zuerst aufgestellt hat, erblickte hierbei die Gefährdung des Gläubigers darin ‚daß man „bei eigener Besorgung sämtlicher Betriebseinrichtungen durch Anwendung einer diligentia boni patris familias eine große Zahl von Verletzungen fremder Interessen abschneiden könnte, während man die Gehilfen nicht in der Hand habe". Hiergegen ist vielfach eingewandt worden, daß, da der Schuldner selbst die Erfüllung seiner Verbindlichkeit in vielen Fällen überhaupt nicht oder nur unter viel größerer Gefährdung des Gläubigers vornehmen könne, in der tatsächlichen Vornahme der Erfüllungshandlung durch den Gehilfen in Wirklichkeit oft eher alles andere liege, als eine Gefährdung des Gläubigers. So sei z. B. der Gläubiger, dem der Schuldner verpflichtet ist, einen großen Spiegel fortzuschaffen, viel weniger gefährdet, wenn der Schuldner diese Verbindlichkeit durch zwei kräftige Dienstmänner erfüllen ließe, als wenn er es allein tun wollte[43]).

Darauf ist zu erwidern, daß die Anhänger der Gefährdungstheorie — und ich glaube auch nicht, daß Rümelin dies beabsichtigte — die Gefährdung ja gar nicht darin sehen, daß der Schuldner einen Gehilfen zuziehen wird, der die Erfüllungshandlung nicht so gut vornehmen kann, wie der Schuldner selber, sondern dadurch allein wird der Gläubiger gefährdet ‚daß er „bei der Erfüllung seine Rechtsgüter der Berührung mit Personen aussetzt, auf deren Auswahl er keinen Einfluß hat, und die ihm zu nichts vertraglich verpflichtet sind"[44]). Es besteht die Gefahr, daß der Erfüllungsgehilfe, der eine fremde Verbindlichkeit erfüllt, weniger sorgfältig verfahren wird, als der Schuldner selbst, der seine eigene Schuld erfüllt. Wenn Fischer[45]) hiergegen einwendet, daß der Schuldner sich nach dieser Auffassung konquenterweise dann von seiner Haftung befreien könne, wenn er nachweist, daß er einen Gehilfen zugezogen hat, der ebenso sorgfältig ist, wie er selbst, so kann ich dem nicht beistimmen. Die Fehlerquelle dieses an sich bestechenden Einwands liegt darin, daß Fischer das Wort „sorgfältig" in einem unjuristischen, laienhaften, für seine Beweisführung ungeeigneten Sinne gebraucht. Bei Fischer bedeutet „sorgfältig" so viel, wie ein Werturteil darüber, wie

[42]) Gründe S. 47.
[43]) Brodmann S. 208.
[44]) Planck a. a. O. § 278 Anm. 1, S. 224.
[45]) a. a. O. S. 51.

eine betreffende Person bisher gewöhnlich bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten zu verfahren pflegte. Juristisch bedeutet „Sorgfalt" das Gegenteil von Verschulden, und zwar auf den konkreten Fall angewendet. Wenn Fischer nun folgert, sorgfältiger Schuldner ist gleich sorgfältiger Erfüllungsgehilfe und umgekehrt, so stimmt das nicht, denn einmal ist der Begriff „sorgfältig", wie er von ihm verwendet wird ein Werturteil, das subjektiven Schwankungen unterworfen ist, und daher für eine streng mathematische Gleichung nicht geeignet ist, und außerdem würde die Gleichung für den konkreten Fall, und nur der kommt hier in Betracht, gar nichts besagen. Man könnte für den einzelnen Fall daraus höchstens folgern, daß die Gefährdung für den Gläubiger wahrscheinlich genau so groß oder vielleicht sogar weniger groß ist, wenn der Gehilfe anstatt des Schuldners handelt. Ist aber später durch das tatsächliche schuldhafte Verhalten des Gehilfen doch ein Schaden entstanden, so zeigt sich eben, daß der Schein oft trügt, und daß der Gläubiger durch das Hinzuziehen des Gehilfen in Wirklichkeit doch mehr gefährdet war, als wenn der Schuldner persönlich gehandelt hätte. Zum Beweis des Gegenteils müßte nämlich feststehen, daß der Schuldner im konkreten Fall, wenn er persönlich gehandelt hätte, tatsächlich ebenso schuldhaft gehandelt hätte, wie der Gehilfe. Dies ist aber ein ganz unmöglicher Beweis, da der Schuldner in Wirklichkeit selbst ja gar nicht tätig geworden ist. Es muß vielmehr mit zwingender Notwendigkeit angenommen werden, daß der Schuldner, mag er auch in früheren Fällen noch so wenig sorgfältig verfahren sein und in dieser Beziehung vielleicht nach dem Urteil des Publikums geringer bewertet werden, als der Erfüllungsgehilfe, im konkreten Fall bei der Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit trotzdem nicht schuldhaft handeln werde. Wohin würde man auch kommen, wollte man für den konkreten Fall ein Verschulden des Schuldners präsumieren, nur weil er früher bei der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten schuldhaft gehandelt hat.

Auch der Einwand Scheuermann's[46]), eine Gefährdung läge deshalb nicht immer vor, weil der Gläubiger in vielen Fällen der Zuziehung des Gehilfen geradezu zugestimmt habe, ist nicht durchschlagend, denn durch diese Zustimmung wird an der objektiven Sachlage d. h. an der tatsäch-

[46]) a. a. O. S. 24; ähnlich auch wohl Brodmann S. 211.

lichen Gefährdung nichts geändert, denn durch die bloße Zustimmung hat der Gläubiger weder einen Einfluß auf die Auswahl des Gehilfen gewonnen, noch tritt er hierdurch in irgendwelche vertragliche Beziehungen zu ihm. Im übrigen erfolgt diese Zustimmung doch fast immer gerade unter der Voraussetzung, daß der Schuldner natürlich für jeden Schaden, der aus dieser Gefährdung des Gläubigers entsteht, eintreten werde.

Es besteht also die begründete Gefahr, daß der Gehilfe, der eine fremde Verbindlichkeit erfüllt und mit dem Gläubiger in keinerlei vertraglicher Beziehung steht, ihm persönlich zu nichts verpflichtet ist und daher auch gar nicht das Interesse an der Erfüllung hat, wie der Schuldner selbst, weniger Sorgfalt verwenden wird, als dieser bei persönlicher Erfüllung verwenden würde. Daß diese Gefahr auch eine erhebliche ist, d. h. daß mehr als die blosse Möglichkeit besteht, daß durch die Zuziehung eines Gehilfen der Gläubiger geschädigt wird, dürfte schon im Hinblick auf die Erfahrung des täglichen Lebens nicht zu bezweifeln sein[47]). Tatsächlich ist der Schuldner ja auch meist gar nicht in der Lage, sich so sorgfältige Gehilfen auszusuchen, wie er selbst möchte. Man denke nur an große Betriebe, wo der Schuldner bei der Einstellung seiner Gehilfen nicht über jeden einzelnen Erkundigungen anstellen kann und meist auf sehr dürftige, oft den Tatsachen gar nicht entsprechende Zeugnisse angewiesen ist, und wo er letzten Endes einfach nehmen muß, was da ist. Daß fernerhin auf Seiten des Gehilfen mehr als die blosse Möglichkeit besteht, daß er mangels jeglichen persönlichen Interesses es eher an der nötigen Sorgfalt wird fehlen lassen, als der Schuldner, der seine eigene Verbindlichkeit persönlich erfüllt ,ist bereits mehrfach betont. Hinzu kommt noch, daß vielfach die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten geradezu der Beruf des Gehilfen ist, und daß daher die Erfüllungshandlung oft rein mechanisch vorgenommen wird. Besonders in Großbetrieben, wo schließlich jede Erfüllungshandlung nur eine „Nummer" ist, und wo die einzelne Erfüllungshandlung oft wieder in mehrere Arbeitsgänge zerlegt wird, die wieder von verschiedenen Gehilfen ausgeführt werden, besteht die Gefahr, daß dies auf Kosten der Sorgfalt geht.

---

[47]) Anderer Ansicht Heinsheimer S. 126 und Sachse S. 7 ohne ohne Begründung.

Nach alledem darf man wohl annehmen, daß dem § 278 tatsächlich der Gefährdungsgedanke zugrunde liegt[48]). Ein streng juristisches Prinzip, wie beispielsweise das Verschuldensprinzip, liegt allerdings auch der Gefährdungstheorie nicht zugrunde. Eine generelle Haftung aus dem Gesichtspunkt der erheblichen Gefährdung ohne positive Gesetzesvorschrift gibt es nicht. Dazu wäre der Gefährdungsgedanke schon deshalb nicht geeignet, weil die Grenze zwischen erheblicher und nicht erheblicher Gefährdung nicht scharf zu ziehen ist. Die Gefährdungstheorie verfolgt lediglich den Zweck, uns das Motiv zu erklären, das den Gesetzgeber veranlaßt hat, in ganz bestimmten Fällen den Schuldner kraft positiver Gesetzesvorschrift auch ohne Verschulden haften zu lassen. Man hat deshalb auch gesagt, der Gefährdungstheorie läge kein bestimmtes Prinzip zugrunde, sondern nur eine Tendenz des Rechts[49]).

Aber immerhin ist mit dieser Tendenz der Gefährdungshaftung ein durchaus brauchbarer, für unsere Zwecke vollauf genügender Gedanke gewonnen. Einmal zeigt er, daß die ratio legis des § 278 einer Anwendbarkeit des Paragraphen auch bei negativen Verbindlichkeiten keineswegs widerspricht. Die Sachlage ist die gleiche, wie bei der Zuziehung eines Gehilfen zur Erfüllung einer positiven Verbindlichkeit. Der Schuldner einer negativen Verbindlichkeit schiebt zwischen sich und seinen Gläubiger einen Dritten, der dadurch die Möglichkeit bekommt, auf das Forderungsrecht des Gläubigers in nachteiliger Weise einzuwirken. Dieses Inbeziehungsetzen des Dritten zur Gläubigersphäre geschieht zwar erlaubterweise, aber es enthält eine Gefährdung des Gläubigers, da dieser dadurch genötigt ist, seine Rechtsgüter der Berührung mit Personen auszusetzen, auf deren Auswahl er keinen Einfluß hat, und die ihm zu nichts vertraglich verpflichtet sind.

---

48) Die Gefährdungstheorie wird außer von Planck a. a. O. noch vertreten von: RGR-Kom. I § 278 Anm. 1; Müller-Erzbach Arch. f. d. ziv. Pr. 106, 428; Oertmann § 278 Anm. 1; Hoffmann S. 85 ff., allerdings mit teilweise unzutreffender Begründung, die richtig von Fischer a. a. O. S. 51/52 widerlegt wird. Rümelin, Max, Gründe . . . S. 46 ff., 88; schwankend und sich widersprechend in „Schadenersatz . . ." S. 29, 42, 44. Der Gefährdungsgedanke findet sich auch wohl in RGZ 78, 240: . . . . . der Gläubiger dürfe „durch die Zuziehung eines Gehilfen nicht schlechter gestellt werden".

49) Max Rümelin Gründe S. 56; Hoffmann S. 89 und 94.

Außerdem wird uns die Erkenntnis, daß der § 278 auf dem Gefährdungsgedanken beruht, auch späterhin bei der Interpretation des Wortlauts des Paragraphen und bei der Beantwortung der Frage, wer ist Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht, noch zu statten kommen.

2. Abschnitt: Im Einzelnen.

I. Die bisherigen Meinungen über die Frage einer Anwendung des § 278 bei Unterlassungspflichten.

Bevor wir nunmehr an die Auslegung des Tatbestandes von § 278 herangehen, erscheint es geboten, daß wir uns einen Ueberblick darüber verschaffen, wie sich bisher die Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten gestellt hat.

Die Behandlung dieser Frage in der Literatur ist eine äußerst dürftige. Soweit man sich überhaupt mit der Frage beschäftigt hat, ist dies meist nur in ein oder zwei Sätzen in zustimmender oder ablehnender Weise, ohne jede nähere Begründung geschehen. Am eingehendsten äußert sich Lehmann[1]), der allerdings auf ein negatives Ergebnis herauskommt. Dabei beruft er sich hauptsächlich auf die von Kleineidam[2]) gegen eine Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten vorgebrachten Gründe. Den Ausführungen beider schließt sich Stephan[3]) an. Sehen wir zunächst, wie es mit den Gründen dieser drei Schriftsteller bestellt ist.

1. a. Lehmann lehnt eine Anwendbarkeit des § 278 für Unterlassungspflichten deshalb ab, weil die negative Verbindlichkeit im Gegensatz zu den meisten positiven stets einen höchstpersönlichen Charakter habe, und es daher einfach nicht denkbar sei, daß ein anderer anstatt des Schuldners unterläßt. Dabei argumentiert er folgendermassen: „Der Schuldner der positiven Obligation kann sich, wenn er nicht erfüllen will, stets neutral gegenüber dem Obligationszweck verhalten: er handelt einfach nicht direkt zuwider, sondern bleibt völlig passiv und fördert andere nicht kollidierende Interessen. Dadurch setzt er einen Dritten in die Lage, anstatt seiner zur Verwirklichung des Obligationszwecks tätig zu werden. Das ist jedoch bei einer negativen Leistung völlig ausgeschlossen. Der Schuldner hat nur zwei Alternativen: entweder er unterläßt die fragliche Handlung und erfüllt eben selbst oder er handelt zuwider. Mithin ist

[1]) a. a. O. S. 193 f.

[2]) Unmöglichkeit und Unvermögen S. 12.

[3]) Die Unterlassungsklage S. 125.

es undenkbar, daß ein Dritter anstatt des Schuldners unterlassen kann, er kann nur neben diesem unterlassen, also niemals für ihn leisten. Die Unterlassung läßt sich als passives Verhalten nicht von der Person des Schuldners loslösen".

Zunächst ist es nicht recht klar, was Lehmann mit der dritten Möglichkeit, die der Schuldner einer positiven Obligation haben soll und bei der er sich „neutral gegenüber dem Obligationszweck" verhält, eigentlich meint. Auch bei der positiven Leistung gibt es nur zwei Alternativen für den Schuldner, entweder er erfüllt oder er erfüllt nicht. Auch wenn er dem Obligationszweck nicht direkt zuwiderhandelt, sich „neutral verhält", befindet sich der Schuldner — Fälligkeit der Schuld vorausgesetzt[4]) — doch stets im Zustande der Nichterfüllung, sofern er nicht leistet.

Worauf Lehmann offenbar hinaus will, ist, wie aus seinem Schlußsatz — . . . nur neben diesem unterlassen — hervorgeht, offenbar dies: Bei der positiven Schuld kann ein Dritter ohne weiteres Zutun des Schuldners für diesen erfüllen, während bei der negativen Schuld der Schuldner gleichzeitig miterfüllen muß, indem er auch gleichzeitig unterläßt. Hiermit kommt Lehmann auf den zuerst von Kleineidam[5]) formulierten Gedanken heraus. Dieser geht auch davon aus, daß die Erfüllung einer positiven Leistungspflicht in der Regel durch jeden Dritten vorgenommen werden kann, und daß Erfüllungsgehilfenschaft daher auch durchweg zulässig ist. „Bei einer Verletzung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner aber läßt sich der Obligationszweck dadurch, daß etwa ein Dritter die in der Obligation erwähnte Handlung unterläßt, nicht erreichen. Es liegt ja auch auf der Hand, daß irgendein solcher Dritter stets vorhanden wäre; eine Nichterfüllung einer auf eine Unterlassung gerichteten Pflicht wäre also bei der entgegengesetzten Annahme überhaupt undenkbar. Das Nichttun seitens eines Dritten ersetzt daher niemals das Nichttun seitens des verpflichteten Schuldners". Diese Beweisführung Kleineidams läuft ungefähr auf folgendes Beispiel hinaus: A, der sich dem B verpflichtet hat, in seiner Wohnung kein

[4]) Vor Fälligkeit der Schuld befindet sich der Schuldner allerdings in einem neutralen Zustand, wo er der Verbindlichkeit nicht direkt zuwiderhandeln darf; aber dies ist natürlich bei der negativen Verbindlichkeit nicht anders und wird auch von Lehmann gar nicht bestritten.

[5]) a. a. O. S. 12.

Klavier zu spielen ,kehrt sich nicht im geringsten an diese Abmachung und wendet auf Vorhaltungen des B ein, der C, ein ganz unmusikalischer Mensch, der außerdem niemals in die Wohnung des A kommt, erfülle für ihn diese Unterlassungspflicht. Währenddem könne er doch ruhig zuwiderhandeln, genau so gut wie der Schuldner, der eine positive Verbindlichkeit durch einen Dritten erfüllen läßt, während der Vornahme der Erfüllung durch den Gehilfen „nicht-erfüllt", denn die Nicht-Erfüllung der positiven Verpflichtung entspreche der Zuwiderhandlung bei der negativen Obligation.

Daß diese Einwendung A's nicht stichhaltig sein kann, liegt auf der Hand. Aber deshalb braucht man doch nicht gleich mit Kleineidam und Lehmann schlechthin die Möglichkeit einer Gehilfenschaft zu verneinen. Die von ihnen gefolgerte Unmöglichkeit einer Gehilfenschaft bei Unterlassungspflichten beruht auf einem Trugschluß, der sich daraus erklärt, daß die Unterlassungspflicht meist eine Dauerverpflichtung ist und daß die Erfüllung dieser Pflicht ein seelischer Vorgang ist und äußerlich dem Ruhezustand des Menschen, dem Untätigsein, entspricht. Außerdem geht Kleineidam offenbar von der falschen Voraussetzung aus, daß der Schuldner einer positiven Verbindlichkeit, der einen Erfüllungsgehilfen zuzieht, sich während der Vornahme der Erfüllungshandlung durch den Gehilfen im Zustand der Nichterfüllung befindet[6]). Der Zustand in dem der Schuldner sich während der Erfüllung seiner Verpflichtung durch den Gehilfen befindet, ist aber doch gerade der der Erfüllung, denn der Gehilfe erfüllt ja für ihn. Allerdings ist der Schuldner während dieser Zeit nicht positiv tätig, sondern er ist untätig; dies ist es wahrscheinlich auch, was Lehmann mit dem „neutralen Verhalten", dem „nicht direkt dem Obligationszweck zuwiderhandeln" bezeichnet[7]). Dieses Un-

---

[6]) Dies folgt notwendig aus der Art, wie er die Erfüllungsgehilfenschaft bei positiven und negativen Verbindlichkeiten gegenüberstellt. Zuerst spricht er von der Möglichkeit der Erfüllungsgehilfenschaft bei positiven Verpflichtungen. Dann fährt er fort: „Bei der Verletzung einer Unterlassungspflicht aber . . . s. o. . Also nimmt er doch offenbar an, daß der Schuldner einer positiven Verpflichtung, der seine Verbindlichkeit durch einen Gehilfen erfüllen läßt, während dieser Zeit selbst seine Pflicht „verletzt" d. h. sich im Zustande der Nichterfüllung befindet.

[7]) Aber dies neutrale Verhalten ist keine selbstständige Möglichkeit neben der Erfüllung und Nichterfüllung, sondern es gehört eben zur Erfüllung.

tätigsein ist immer notwendig, damit man überhaupt von einer Erfüllungsgehilfenschaft sprechen kann. Der Schuldner muß jede Erfüllungshandlung und auch jede direkt dem Obligationszweck zuwiderlaufende Handlung in bezug auf diese dem Gehilfen zur Erfüllung übertragene Schuld unterlassen, sonst liegt eben Selbsterfüllung vor. Der Schuldner, der verpflichtet ist, eine Vase zu A zu bringen und hiermit einen Gehilfen beauftragt, darf, wenn man von Erfüllungsgehilfenschaft sprechen will, die Vase nicht selbst hintragen und darf sie auch nicht zerschlagen.

Genau so ist es aber auch bei der Erfüllung einer Unterlassungspflicht durch einen Gehilfen. Dieses Unterlassen, welches der Schuldner neben seinem Gehilfen noch beobachten muß und weswegen Lehmann eine Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten ablehnen zu müssen glaubt, ist nicht das Unterlassen, das der Schuldner gemäß seiner Verbindlichkeit zu üben verpflichtet ist, sondern das ist das Untätigsein, das auch bei der Erfüllung einer positiven Verbindlichkeit durch einen Gehilfen notwendig ist, damit man überhaupt von einer Erfüllungsgehilfenschaft sprechen kann. Es ist derselbe „neutrale" Zustand, das „dem Obligationszweck nicht direkt zuwiderhandeln", auf das Lehmann kurz vorher in bezug auf die Erfüllungsgehilfenschaft bei positiven Verpflichtungen hingewiesen hatte. Genau so wie der Schuldner der positiven Verbindlichkeit die Vase nicht zerschlagen darf, damit man überhaupt von einer Erfüllungsgehilfenschaft sprechen kann, da sonst eben selbstverschuldete Unmöglichkeit oder Nichterfüllung vorliegt, genau so wenig darf A während der Zeit, wo er angeblich den C mit der Erfüllung seiner Unterlassungspflicht ‚kein Klavier in seiner Wohnung zu spielen, betraut hat, selbst auch nicht Klavier spielen, denn solange er selbst zuwiderhandelt, kann C überhaupt nicht als sein Erfüllungsgehilfe für ihn unterlassen.

Demnach ist die Argumentation Lehmann's und Kleineidam's nicht durchschlagend, denn beide wollten aus der Tatsache, daß der Schuldner stets neben dem Gehilfen auch noch „unterlassen" müsse, den höchstpersönlichen Charakter der Unterlassungspflicht und damit die Unmöglichkeit einer Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten folgern. In Wirklichkeit unterläßt aber, wie wir festgestellt haben, der Schuldner gar nicht neben dem Gehilfen, sondern dieses angebliche „unterlassen" ist derselbe

Zustand des Untätigseins ‚wie er auch bei der Erfüllung einer positiven Pflicht durch einen Gehilfen notwendig ist, damit man überhaupt von einer Erfüllungsgehilfenschaft sprechen kann[8]).

b. Die übrigen Schriftsteller, die sich gegen eine Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten ausgesprochen haben, tun dies ohne jede Begründung. So Krückmann[9]), der sich mit der Behauptung begnügt, eine Gehilfenschaft bei Unterlassungspflichten sei „überhaupt unmöglich". Aehnlich Schneider[10]), Ulrich[11]) und Fischer[12]). Für letzteren „gibt das Problem zu keinen Bedenken Anlaß". Dies zeige sich an folgendem Beispiel: „Der Ingenieur, der sich verpflichtet hat, die Betriebsgeheimnisse seiner Fabrik nicht zu verraten, kann einen Erfüllungsdiener zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit höchstens dadurch beiziehen, daß er einem Anderen das Geheimnis verrät; er haftet dann aber nicht, weil es dieser etwa gegen sein Versprechen weitersagt, sondern weil er selst schuldhaft gehandelt hat; er haftet nicht wegen fremden, sondern wegen eigenen Verschuldens." Damit läßt sich aber doch gar nichts beweisen. Diese eine Unterlassungspflicht des Ingenieurs ist natürlich

---

[8]) Zur Erläuterung diene noch folgendes Beispiel: Der Molkereibesitzer A, der sich gegenüber dem B verpflichtet hatte, seine Milch nicht innerhalb des Bezirks M zu kaufen, gibt seinem Prokuristen den Auftrag, die Milchlieferungsverträge mit den Produzenten für eine bestimmte Zeit abzuschließen und zwar soll sich der Prokurist dabei an die mit B getroffene Vereinbarung halten. Hiermit hat A die Unterlassungspflicht für den konkreten Fall seinem Prokuristen übertragen. Er selbst nimmt in Bezug auf diesen Einkauf zur Deckung seines laufenden Bedarfs an Milch überhaupt keine Handlungen mehr vor, er ist untätig, und zwar ist dieses Untätigsein nicht identisch mit der Erfüllung seiner Unterlassungspflicht, sondern einzig und allein deswegen verhält er sich so, weil er seinen Prokuristen mit dem Abschluß dieser Verträge und damit auch mit der Erfüllung seiner Unterlassungspflicht betraut hat. Dies zeigt sich vor allen Dingen dann, wenn der Bedarf an Milch sich plötzlich vergrößert und A nunmehr persönlich mit einigen weiteren Produzenten Verträge abschließt und zwar unter der Beobachtung der mit B getroffenen Vereinbarung. Dann unterläßt A jetzt ebenfalls unmittelbar in Erfüllung seiner Unterlassungspflicht. Aber er unterläßt nicht neben seinem Prokuristen und umgekehrt dieser nicht neben ihm, sondern jeder erfüllt einen eigenen Teil der Unterlassungspflicht.

[9]) a. a. O. S. 241, 221.

[10]) a. a. O. S. 33.

[11]) a. a. O. S. 209.

[12]) a. a. O. S. 25.

höchstpersönlicher Natur; das ergibt sich aus dem Wesen dieser Schweigepflicht. Aber aus diesem einen Beispiel kann man doch nicht folgern, daß deshalb alle Unterlassungspflichten höchstpersönlich sind und daher eine Erfüllungsgehilfenschaft undenkbar ist. Es gibt doch auch einzelne positive Verpflichtungen mit höchstpersönlichem Charakter.

2. a. Wenden wir uns nun den Ansichten zu, die sich für eine Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten ausgesprochen haben. Auch hier fehlt es größtenteils an einer näheren Begründung. So begnügt sich das RG[13]) mit der Feststellung „es lasse sich schon sagen, daß jemand sich eines Erfüllungsgehilfen zur Erfüllung seiner Unterlassungspflicht bediene; es sei nur stets notwendig, daß sowohl die Gehilfenschaft als auch der Umstand, daß der Schuldner sich des Anderen bediene, irgendwie deutlich in Erscheinung trete". In zustimmendem Sinn ohne weitere Auseinandersetzung äußern sich ferner Planck[14]), Staub[15]), Oertmann[16]), Enneccerus[17]), Wendt[18]), Feder[19]), Brodmann[20]), Warneyer[21]) und Staudinger[22]). Letzter will allerdings den § 278 nur bei sekundären Unterlassungspflichten zur Anwendung kommen lassen, weil es bei primären Unterlassungspflichten „gekünstelt erscheine" von einer Erfüllungsgehilfenschaft zu sprechen.

b. Eine eingehendere Behandlung hat die Frage bei Sachse[23]) erfahren. Sachse wendet sich hierbei gegen die von Lehmann vorgebrachte Einwendung, daß es eine Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten wegen des höchstpersönlichen Charakters der negativen Verbindlichkeit nicht gäbe. Er führt hierbei aus: „Daß die einzelne Unterlassung selbst höchstpersönlicher Natur ist, läßt sich allerdings nicht bestreiten. Aber darum gibt es doch Fälle, wo

---

13) RGZ 63, 116; 79, 36. Ebenso RGR-Kom. § 278 Anm. 3.
14) § 278 Anm. 1 b, S. 226.
15) HGB I S. 339.
16) BGB II S. 118, Bem. 2 c.
17) S. 114 Anm. 10.
18) a. a. O. S. 68.
19) a. a. O. S. 43, Anm. 4.
20) a. a. O. S. 253 ff.
21) BGB I § 278 Anm. IV.
22) § 278 Anm. I, 2 b.
23) a. a. O. S. 60 f.

die Unterlassungspflicht nicht diese Eigenschaft hat. Zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient man sich eines jeden, den man unter eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis stellt, mag er sie nun neben oder anstatt des Schuldners erfüllen".

Ich vermag diesen von Sachse gemachten Unterschied zwischen der höchstpersönlichen Unterlassung und der unpersönlichen Pflicht zur Unterlassung, nicht recht einzusehen. In Wirklichkeit ist ja auch, wie wir oben festgestellt haben, die Unterlassungspflicht und auch die Erfüllung dieser Pflicht, die einzelne Unterlassung gar nicht notwendig an die Person des Schuldner gebunden. Ferner ist die unter dem Zwang der Irrlehre von der höchstpersönlichen Natur der Unterlassung aufgestellte Behauptung Sachse's eine Erfüllungsgehilfenschaft läge auch dann vor, wenn der Gehilfe nicht anstatt des Schuldners, sondern nur neben diesem handle, nicht richtig. Bei doppelter Erfüllung durch den Schuldner und den Gehilfen liegt immer Selbsterfüllung vor[24]). Der Erfüllungsgehilfe soll doch gerade helfen, etwas tun, was sonst der Schuldner vornehmen müßte, und es ist daher sinnlos von einer Erfüllungsgehilfenschaft zu sprechen, solange der Schuldner selbst erfüllt.

c. In neuerer Zeit hat sich Krier[25]) in eingehender Weise mit der Frage der Anwendbarkeit des § 278 bei Unterlassungspflichten beschäftigt. Krier geht genau wie wir es getan haben, von dem Gesichtspunkt aus, daß der § 278 dem Wortlaut nach zwar nicht bei Unterlassungspflichten zu passen scheint, daß aber nicht der Wortlaut allein entscheiden kann, sondern daß es vielmehr auf den Grundgedanken des Paragraphen ankommt. Als den allgemeinen Grundgedanken des § 278 erkennt er im Anschluß an Enneccerus den Satz: „Der Schuldner einer Leistung schul-

---

24) Natürlich ist eine Erfüllung in der Weise denkbar, daß Schuldner und Gehilfe zusammen die Erfüllungshandlung vornehmen, und daß man daher vielleicht in ungenauer Weise von einem Handeln des Gehilfen *neben* dem Schuldner sprechen könnte. Tatsächlich handelt hierbei aber der Gehilfe *anstatt* des Schuldners. So wenn der Malermeister und seine Gehilfe zusammen ein Zimmer tapezieren. Was der Gehilfe macht, braucht der Meister nicht mehr zu tun. Dieser verrichtet den ihm übertragenen Teil der Arbeit anstatt des Meisters und ist daher sein Erfüllungsgehilfe.

25) „Erfüllungsgehilfenschaft bei Unt.-Pflichten." Frankfurter Diss. 1927.

det sorgfältige Leistung, er muß daher auch haften für die Sorgfalt der Personen, durch die er die Leistung bewirkt. Setzt man in diesem Satz, so fährt Krier fort, anstelle des Wortes „Leistung" das Wort „Unterlassung" (vgl. § 241, II BGB) so ergibt sich bei sinngemäßer Aenderung des Textes folgende mit dem obigen Gedanken durchaus im Einklang stehende Rechtsregel: Wer eine Unterlassung schuldet, schuldet sorgfältige Vermeidung der ihm untersagten Handlung; er haftet daher auch für die Sorgfalt der Personen, die mit seinem Willen die Handlung vermeiden sollen"[26]).

Mit dieser Formulierung ist aber nicht viel gewonnen und nichts bewiesen. Was soll man sich auch unter Personen, die „mit Willen des Schuldners unterlassen sollen", vorstellen. Schließlich soll, soweit es auf den blossen Willen des Schuldners ankommt, in vielen Fällen j e d e r die ihm, dem Schuldner, verbotene Handlung unterlassen. So will der Mieter ebensowenig, wie es ihm recht ist, daß sein Dienstmädchen eine Fensterscheibe einschlägt, auch nicht haben, daß ein Dritter von draußen einen Stein ins Fenster wirft. Krier übersieht vollkommen, daß der Gehilfe stets f ü r den Schuldner handeln oder unterlassen muß, wenn man überhaupt von Erfüllungsgehilfenschaft sprechen will. Dies dürfte auch der Grund sein, warum er gar nicht auf die Frage eingeht, ob man überhaupt für einen Anderen unterlassen kann, oder ob die Unterlassungspflicht wirklich höchstpersönlicher Natur ist, wie Lehmann und Genossen behaupten.

Ebensowenig kann die von ihm aufgestellte Definition des Erfüllungsgehilfen einer Unterlassungspflicht befriedigen. Er geht von dem Satz aus, daß Erfüllungsgehilfe einer positiven Verbindlichkeit sei, „wer mit Willen des Schuldners Erfüllungshandlungen verrichtet. Sucht man, so fährt Krier fort, in entsprechender Weise eine Definition des gleichen Begriffes bei Unterlassungspflichten, so wird man als Erfüllungsgehilfen hier die Personen aufzufassen haben, die mit Willen des Schuldners die diesem verbotene Handlung unterlassen sollen, obwohl sie dieselbe mit der gleichen wirtschaftlichen Wirkung für die Parteien vornehmen können. . . . Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht ist mithin, wer mit Willen des Schuldners in der Lage ist die diesem untersagte Handlung vorzunehmen"[27]).

---

[26]) S. 22.

[27]) a. a. O. S. 23 ff.

Dieser Formulierung kann man aber wohl schwerlich zustimmen. Wer ist nicht alles „in der Lage mit Willen des Schuldners . . ."? Auch der Gassenjunge ist mit Willen des Mieters in der Lage von der Straße aus einen Stein durchs Fenster zu werfen. Aber es fehlt das In-Beziehung-Setzen zur Gläubigersphäre, deswegen kann der Mieter nicht haften. Nur weil der Schuldner duldet, daß jemand in der Lage ist, die ihm, dem Schuldner, verbotene Handlung vorzunehmen, soll diese dritte Person Erfüllungsgehilfe des Schuldners sein? Wo will man die Grenze ziehen, damit das „mit Willen des Schuldners in der Lage sein" nicht zum verkappten Veranlassungsprinzip wird? Oder soll die noch so entfernte Eröffnung einer Einwirkungsmöglichkeit durch den Schuldner genügen, um den Dritten, den er dadurch in die Lage setzt, die verbotene Handlung vorzunehmen, als Erfüllungsgehilfen erscheinen zu lassen? Soll ich z. B. haften für den neben mir setzenden Freund, der im Lesesaal der Universitäts-Bibliothek, das von mir entliehene Buch mit Tinte beschmutzt, denn er war doch mit meinem Willen in der Lage, die mir verbotene Handlung vorzunehmen; ich habe ihn vielleicht sogar erst in die Lage gebracht, indem ich mich neben ihn setzte[28])?

Die Beantwortung der Frage, wer ist Erfüllungsgehilfe einer negativen Verbindlichkeit, läßt sich nicht in eine bestimmte Formel pressen. Dies mag bei der positiven Verbindlichkeit möglich sein, da dort ohne weiteres erkennbar ist, sowohl wann der Gehilfe die Erfüllungshandlung vornimmt, als auch, daß dies mit Einverständnis des Schuldners — wie sich aus seinem neutralen Verhalten ergibt — geschieht. Bei der negativen Verbindlichkeit dagegen spielt sich dieser ganze Vorgang gleichsam heimlich ab, denn, da das Unterlassen in Erfüllung einer Verbindlichkeit zugleich auch dem Ruhezustand des Menschen, dem Untätigsein, entspricht, und die Unterlassungspflicht in den meisten Fällen außerdem eine Dauerverpflichtung ist, läßt sich nicht ohne weiteres direkt sagen, wann der Gehilfe nun zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners unterläßt und

[28]) Dagegen auch Titze, S. 89 f.; Brodmann S. 218; Protokolle VI, S. 154/55; Fischer S. 26. Man vergl. ferner das bei Planck § 278, 1 b angeführte Beispiel: Ein Kaufmann verpflichtet sich Waren nicht unter einem bestimmten Preis zu verkaufen. Nach Krier müßte der Kaufmann auch haften, wenn einer seiner Angestellten Waren unterschlägt, dieselben für sich unter Preis verkauft und dadurch dem Anderen Konkurrenz macht.

wann der Schuldner nicht mehr persönlich erfüllt, sondern nur das neutrale, untätige Verhalten übt, ohne daß eine Erfüllungsgehilfenschaft nicht denkbar ist.

Doch hiervon soll erst späterhin die Rede sein. Zunächst gilt es zu beweisen, daß eine Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten dem Sinn des § 278 BGB entsprechend überhaupt möglich ist. Hierzu ist es notwendig auf die einzelnen Voraussetzungen der Haftung des Schuldners nach § 278 näher einzugehen und zu untersuchen, in wieweit die Begriffe „Verbindlichkeit", „Erfüllung einer Verbindlichkeit" und „Sich bedienen zum Zwecke der Erfüllung" auch bei Unterlassungspflichten anwendbar sind.

II. Interpretation des § 278 BGB.

1. Die Unterlassungspflicht als Verbindlichkeit im Sinne von § 278 BGB.

Das Gesetz spricht von einer „Verbindlichkeit", die der Schuldner durch seinen Gehilfen erfüllen läßt. Fällt nun eine Unterlassungspflicht auch unter eine solche Verbindlichkeit? Oben hatten wir gesehen, daß eine Leistung als Inhalt eines Schuldverhältnisses gemäß § 241, II BGB sowohl in einer positiven Tätigkeit, als auch in einem Unterlassen bestehen kann. Wie stehen die Begriffe „Leistung" und „Verbindlichkeit" zu einander?

Unter Leistung versteht man in erster Linie ganz einfach die Herstellung des geschuldeten Endergebnisses. Mit Lehmann[29]) muß man jedoch von diesem Leistungsbegriff noch einen weiteren unterscheiden, bei dem alle Nebenpflichten des Schuldners gemäß § 242 BGB miteinbezogen sind, so z. B. die Pflicht des Verkäufers oder des Mieters für Erhaltung der Kauf- oder Mietsache zu sorgen, oder die Sorgfaltspflicht des Anstreichers, die ihn verpflichtet dafür zu sorgen, daß er beim Streichen der Zimmerdecke nicht die Tapeten und den Fußboden beschädigt. Lehmann definiert daher diesen Leistungsbegriff i. w. S. „ganz allgemein als das Verhalten, das der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, oder von der Seite des objektiven Rechts aus gesprochen, das Verhalten, das das objektive Recht vom Schuldner beobachtet wissen will".

Verbindlichkeit ist nichts anderes, als die passive Seite des Schuldverhältnisses, nämlich die Leistung von der Per-

[29]) a. a. O. S. 53.

son des Schuldners aus gesehen. Allerdings ist hier der Begriff der Leistung im weiteren Sinn zu verstehen[30]). Verbindlichkeit ist ganz allgemein die Summe aller Haupt- und Nebenpflichten, sowie auch als Teil dieser Verbindlichkeit jede Einzelpflicht aus dem Schuldverhältnis[31]).

Es ist nicht zu bezweifeln, daß danach eine Unterlassungspflicht unter den Begriff der Verbindlichkeit fällt. Weiterhin ergibt sich aber auch aus dem Begriff der Verbindlichkeit, daß auch die sekundäre Unterlassungspflicht eine Verbindlichkeit im Sinne des Gesetzes ist, denn die sekundäre Unterlassungspflicht, die zwar nicht direkt auf Herstellung des geschuldeten Endergebnisses gerichtet ist, gehört doch immerhin zu den Nebenpflichten des Schuldners, fällt also unter den Begriff der Leistung im weiteren Sinn.

Nach Nußbaum[32]) sollen die Verbindlichkeiten in echte und unechte zerfallen. Nußbaum geht davon aus, daß „leisten" im juristischen Sinn nicht denkbar sei ohne einen bestimmten Empfänger der Leistung. Leistung sei demnach „Uebertragung eines Gutes an eine — von dem Leistenden verschiedene — Person". Jeder Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, nämlich zur Uebertragung eines Gutes an einen Anderen, soll nun eine echte Verbindlichkeit sein; jede andere Verpflichtung des Schuldners aber eine unechte. So kommt er folgegemäß zu der Behauptung, „daß die Verpflichtung zu einem Verhalten, welches sich nicht einmal als ein Handeln qualifizieren lasse, keineswegs als echte Verbindlichkeit aufgefaßt werden könne". Deshalb könne der Schuldner niemals gemäß § 278 haften,

30) Dies war auch die Auffassung des Gesetzgebers, wie die Protokolle VI, S. 154 zeigen. Danach hat die ursprüngliche Fassung des § 278 gelautet: Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Worte „zur Bewirkung der Leistungen" sind dann später durch die Worte „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit" ersetzt worden, da „diese Fassung den Sinn der Vorschrift besser wiedergebe, als die Fassung des Entwurfs". Man wollte eben mit dem § 278 nicht nur reine Leistungspflichten treffen, sondern auch alle Leistungspflichten i. w. S., alle Nebenpflichten, insbesondere aber auch etwaige Obhutspflichten, wie die Protokolle ausdrücklich hervorheben. Deshalb ersetzte man den zweideutigen Ausdruck „Leistung" durch das Wort „Verbindlichkeit".

31) So auch Hoffmann S. 111; Sachse 53, Scheuermann S. 50.

32) a. a. O. S. 54 ff.

wenn es sich um eine Sorgfaltspflicht oder dergleichen handelt, welche „lediglich eine Nebenerscheinung, gewißermaßen die Kehrseite eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts ist". Nach Nußbaum's Ansicht wäre demnach auch die sekundäre Unterlassungspflicht nur eine unechte Verbindlichkeit und es könnte der § 278 bei Erfüllung dieser nicht zur Anwendung kommen.

Diese Unterscheidung Nußbaum's ist jedoch durch nichts gerechtfertigt und allgemein mit Recht abgelehnt worden[33]). Zumeist begnügt man sich damit, das Unzulängliche der Nußbaum'schen Auffassung dadurch darzutun, daß man darauf hinweist, daß doch nach positiver Gesetzesvorschrift die Leistung gar nicht immer in der Uebertragung irgendeines Gutes — auch nicht bildlich gesprochen — zu bestehen braucht, da nach § 241 BGB die Leistung auch in einem Unterlassen, also einem blossen Verhalten, bestehen kann. Außerdem ist aber gegen die Nußbaum'sche Unterscheidung einzuwenden, daß es im Gesetz auch nicht den geringsten Anhaltspunkt für eine derartige Zerlegung der Gesamtverbindlichkeit gibt. Es ist vielmehr eine einzige Verbindlichkeit, die der Schuldner ganz zu erfüllen übernommen hat, und eine Auflösung derselben in die verschiedenen Einzelverbindlichkeiten, um danach die Haftung verschieden zu bemessen, führt zu den eigentümlichsten Konsequenzen. So würde ich nicht haften für das grobe Versehen meines Stalljungen bei der Behandlung eines von mir gemieteten Pferdes, denn der Junge erfüllt ja nur meine Sogfaltspflicht, eine unechte Verbindlichkeit. Echte Verbindlichkeit ist nur die Rückgabe des Pferdes[34]). Auf diese Weise würde die Haftung des Mieters und Entleihers nach § 278 BGB geradezu kassiert, wie Feder[35]) sagt.

Man kann wohl sagen, daß fast jede Hauptverbindlichkeit gewisse Nebenverbindlichkeiten enthält. Diese Nebenverbindlichkeiten können meist nicht allein entstehen und sind bisweilen auch nicht allein klagbar, aber verbun-

---

[33]) Vgl. Fischer S. 22 f.; Hoffmann S. 110 ff.; Blau S. 19; Scheuermann S. 49; Sachse S. 20 ff. Für Nußbaum nur Schneider S. 8 ff.

[34]) Dagegen heben die Protokolle VI, S. 154 ausdrücklich hervor, daß in einem solchen Fall der Mieter des Pferdes selbstverständlich für ein Verschulden seines Stalljungen gemäß § 278 haftet.

[35]) a. a. O. S. 45.

den mit der Hauptverbindlichkeit, sind sie wirkliche, echte Verbindlichkeiten im Sinne des Gesetzes, wo immer dies von einer Verbindlichkeit spricht.

2. Erfüllung einer Unterlassungspflicht.

Des weiteren spricht das Gesetz im § 278 von der „Erfüllung" einer Verbindlichkeit des Schuldners. Wie steht es mit der Erfüllung von Unterlassungspflichten?

Ausgangspunkt für eine Definition des Begriffs „Erfüllung" ist der § 362 I BGB. Dort heißt es unter der Titelüberschrift „Erfüllung": „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." Definiert man hiernach die Erfüllung, als die „Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger", so kommt man im Anschluß an den von uns oben aufgestellten Leistungsbegriff zu dem Resultat: Erfüllung ist nichts anderes, als die Beobachtung des kraft des Schuldverhältnisses geschuldeten Verhaltens.

Nach dieser Definition möchte man eigentlich ohne Bedenken sagen, daß auch die Unterlassungspflicht der Erfüllung fähig ist. Nun ist aber in der Literatur mehrfach auf zwei Momente des Erfüllungsbegriffs hingewiesen worden, die zwar in der obigen Definition auch enthalten sind, aber doch nicht klar genug zum Ausdruck kommen; und gerade diese beiden Momente des Erfüllungsbegriffs sollen zeigen, daß die negative Verbindlichkeit nicht eine normale der Erfüllung fähige Schuld ist.

Ausgehend von dem Gedanken, daß Erfüllung „Verwirklichung des Inhaltes der Obligation" bedeute, leiten eine Anzahl Schriftsteller den Begriff der Erfüllung aus dem Inhalt der Obligation her. Dabei wird von ihnen vor allen Dingen, der von Hartmann[36]) geschaffene Obligationsbegriff zugrunde gelegt. Hartmann erhebt den Zweck der Obligation zum maßgebenden Gesichtspunkt für die Bestimmung ihres Inhaltes, und zwar bezeichnet er dabei, als ihren „wesentlichen Zweck, in dessen Erreichung sie begriffsmäßig ihr eigenes Ende anstrebe, die Stillung eines bestimmt begrenzten, durch den Entstehungsgrund individualisierten, privaten Interesses einer Person"[37]). So findet sich demnach bei allen Obligationen, so verschieden auch ihr Entstehungsgrund und ihr Inhalt sein mag, das gleichbleibende Moment,

[36]) Hartmann, Die Obligation 1875.

[37]) a. a. O. S. 37.

„daß sie einen gewissen Erfolg erstreben, der eine Begünstigung für den Gläubiger enthält“[38]). Das zweite wesentliche Element für den Inhalt einer jeden Obligation bildet die Verpflichtung einer bestimmten Person. Es muß eine „Willensgebundenheit“ des Schuldners vorliegen, damit man von einer Obligation sprechen kann[39]).

Betrachtet man nunmehr vom Standpunkt dieses Obligationsbegriffes aus den oben aufgestellten Satz: Erfüllung ist Bewirkung der geschuldeten Leistung, oder Beobachtung des geschuldeten Verhaltens, so bedeutet dies: erstens Herbeiführung jenes jeder Obligation zugrunde liegenden für den Gläubiger günstigen Erfolges, zweitens Lösung der Willensgebundenheit des Schuldners.

Nun ist aber von Kohler und Fischer geltend gemacht worden, daß bei einer Unterlassungspflicht keine Leistung im juristischen Sinn vorliege. Sie werde zwar nach § 241 BGB so behandelt, sei in Wirklichkeit aber doch keine Leistung. Der Schuldner einer Unterlassungspflicht übernehme nicht „eine Ueberführung aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung, sondern er begrenze lediglich die Sphäre der für ihn zulässigen Handlungen“[40]). Als Leistung könne nur ein kausales Wirken, eine Aenderung in dem vorhandenen Zustand angesehen werden; „unterlassen“ bedeute aber nur das Verbleiben in einer bestimmten Sphäre, das Nicht-Hinausschreiten aus derselben[41]). In ähnlicher Weise äußert sich Fischer, der noch betont, daß erst eine Zuwiderhandlung d. h. eine „Ueberführung aus dem Zustande des Befriedigtseins oder richtiger des Friedens in den der Verletzung“ eine wirkliche Verpflichtung für den Schuldner einer Unterlassungspflicht erzeuge, die dann auch ihrerseits „der Erfüllung fähig sei“[42]).

Kohler und Fischer leugnen die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflichten also deswegen, weil die Unterlassungspflicht nicht auf einen ein Bedürfnis des Gläubigers befriedigenden Erfolg gerichtet sei. Dagegen hat jedoch Boehmer[43]) überzeugend nachgewiesen, daß auch die negative Obligation

[38]) Boehmer a. a. O. S. 6.

[39]) Dies zweite Moment wird von Hartmann nicht notwendigerweise zum Inhalt der Obligation gerechnet. Doch dies wohl mit Unrecht. Vgl. hierüber Boehmer S. 16 ff.

[40]) Kohler, Jher. Jahrb. 17, 263.

[41]) Kohler, Arch. f. d. ziv. Praxis 91, 180.

[42]) Fischer, Otto, a. a. O. S. 72.

auf einen dem Gläubiger günstigen Erfolg gerichtet ist. Er argumentiert dabei folgendermaßen: Es bedarf keines Beweises, daß jemand ein Unterlassen nur insofern begehrt, als er von dem als möglich vorausgesehenem entgegengesetztem Tun einen Nachteil erwartet, den er vermeiden möchte. Der gefürchtete Nachteil kann in irgend einer Vermögenseinbusse bestehen, er kann aber auch ein rein ideeller sein, Störung in dem ruhigen Gebrauch der Wohnung, Aerger, ästhetisches Mißbehagen und dergl. In allen diesen Fällen ist der erstrebte Erfolg die Sicherung gegen diese Nachteile: also stets die Befriedigung eines Interesses, das der Gläubiger an der Fortdauer eines bestimmten Zustandes hat. Die Befriedigung dieses Interesses selbst ist hier jedoch der unmittelbare Leistungsinhalt; dadurch unterscheiden sich diese Obligationen von allen denjenigen, die auf einem der Welt der sichtbaren Erscheinungen angehörenden Erfolg gerichtet sind. Das mag wohl auch der Grund gewesen sein, warum man über die Verpflichtung des Schuldners zum Unterlassen den Erfolg des Unterlassens übersehen hat[44]).

Ein weiterer Einwand gegen die Erfüllbarkeit von Unterlassungspflichten stützt sich darauf, daß man bei der Verpflichtung zu einem Unterlassen nicht von einer Willensgebundenheit des Schuldners sprechen könne und zwar deswegen, weil die Unterlassung nicht als eine bewußt gewollte, sondern als ein rein äußeres negatives Verhalten verlangt werde[45]). Diese Behauptung beruht aber, wie Kretschmar[46]) mit Recht bemerkt, offenbar auf einer Verwechslung der Unterlassungspflicht mit dem tatsächlichen Unterlassen. Es ist richtig, daß im praktischen Leben das Unterlassen selbst meist nicht einem Willensentschlusse des Schuldners entspringt. Anders aber die Verpflichtung zum Unterlassen. Bereits oben hatten wir gesehen, daß eine Verpflichtung zu einem Unterlassen nur dann Sinn hat, wenn anzunehmen ist, daß der Schuldner ohne diese Verpflichtung die verbotene Handlung vornehmen werde. Insofern kann man also auch bei Unterlassungspflichten von einer Willensbindung sprechen, als der Schuldner verpflichtet ist, im konkreten Fall, wo er die verbotene Handlung gerne vornehmen

---

[43]) a. a. O. S. 12 f.

[44]) Gegen Otto Fischer und Kohler auch Planck § 241 Anm. 2, § 362 Anm. 2 b.

[45]) So Thon a. a. O., S. 200 ff.; in neuerer Zeit Stephan S. 31 ff.

[46]) Erfüllung I, S. 141 ff.

möchte, diese im Hinblick auf seine Verpflichtung zu unterlassen[47]).

Ein weiterer Einwand gegen die Erfüllbarkeit der Unterlassungspflicht ist von Stammler[48]) vorgebracht worden. Stammler vertritt ganz allgemein die Auffassung, daß durch die Erfüllung nicht das „Schuldverhältnis", sondern nur die jeweilige „Einzelforderung" untergehe, und zwar stützt er diese Behauptung darauf, daß es Schuldverhältnisse, die nur auf einen einzigen Erfolg gerichtet sind, kaum gebe. Läge aber wirklich einmal ein solches auf eine „einfache" Leistung gerichtetes Schuldverhältnis vor, so zeige sich, daß gerade dann das Schuldverhältnis nicht durch die Befriedigung des Gläubigers erlösche ,sondern höchstens durch Zeitablauf untergehen könne[49]). Zum Beweise beruft er sich auf die negativen Verbindlichkeiten. So gehe z. B. für den Fall, daß sich jemand verpflichtet hat, geräuschlose Hantierungen auf dem Nachbargrundstück zu unterlassen, das damit eingegangene Schuldverhältnis nicht dadurch unter, daß er die geschuldete Leistung vornimmt, d. h. wirklich das Geräusch unterläßt.

Einmal ist hiergegen einzuwenden, daß die Unterlaspflicht gar nicht immer eine Dauerverpflichtung zu sein braucht, wie Stammler offenbar annimmt. Es gibt doch auch zahlreiche Schuldverhältnisse, die auf eine einmalige Unterlassung gerichtet sind, so z. B. die Stimmenthalhaltungsverträge für die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, die pacta de non licitando, die Verpflichtung zur Nichtbeteiligung an einer Wahl u. a. Hier erlischt das Schuldverhältnis ohne weiteres mit Beobachtung der Unterlassungspflicht.

Ferner weist Lehmann[50]) mit Recht auf die unklare Gegenüberstellung von Schuldverhältnis und einzelnem Forderungsrecht hin. Die einzelne Forderung ist doch auch ein Schuldverhältnis. Man kann höchstens Einzelschuldverhältnis d .h. Einzelforderung und gesamtes Schuldver-

---

[47]) So auch Lehmann. S. 23; Boehmer S. 33. Eine andere Frage, auf die hier aber nicht eingegangen werden kann, ist die von Stephan aufgeworfene, ob oder inwieweit die Erfüllung einer Unterlassungspflicht animo solvendi erfolgen muß. Vgl. hierüber Lehmann S. 208 ff., Boehmer S. 807.

[48]) Schuldverhältnisse S. 215 ff.

[49]) Ebenso v. Gierke a. a. O. S. 365. Allerdings nur für die dauernden Unterlassungspflichten.

[50]) a. a. O. S. 207. Ebenso v. Gierke a. a. O. S. 367 Anm. 11.

hältnis d. h. eine Mehrzahl einzelner Forderungen gegenüberstellen. „Schuldverhältnis" im Sinne von § 362 bedeutet beides, sowohl Einzelforderung als auch die auf Herstellung des Endergebnisses im ganzen, auf die Bewirkung aller Haupt- und Nebenpflichten gerichtete Forderung.

Im übrigen ist die Behauptung Stammlers, die negative Verbindlichkeit erlösche gerade nicht durch Vornahme der geschuldeten Leistung, auch wenn man von den einmaligen Unterlassungspflichten absieht, unzutreffend. Das negative Schuldverhältnis erlischt, wie jedes andere, durch Erfüllung d. h. durch das Unterlassen gemäß der Verpflichtung; allerdings bewirkt, da es sich um eine Dauerverpflichtung handelt, nicht schon das einzelne Unterlassen das Erlöschen des ganzen Schuldverhältnisses, sondern nur ein dem einzelnen Unterlassen entsprechender Teil des gesamten Schuldverhältnisses geht unter. § 362 verlangt ja auch gar nicht, daß das ganze Schuldverhältnis auf einmal erlischt, sondern es genügt, wenn es „mit fortschreitender Zeit nach Maßgabe der andauernden Leistungsbewirkung allmählich abstirbt"[51]).

Endlich ist noch auf die von Schneider[52]) gemachten Ausführungen einzugehen. Schneider leitet den Begriff der Erfüllung ebenfalls aus dem § 362 I BGB her. Hiernach sei aber unter „Erfüllung" nur „Erbringung der Leistung an den Gläubiger zu verstehen und man müsse alles ausscheiden, wozu der Schuldner etwa „verpflichtet" erscheine, ohne daß es deshalb als „Erfüllung" von ihm abverlangt werden könnte, als geschuldete Leistung „an den Gläubiger" zu bewirken wäre. Die Erfüllung umfasse also alles das nicht, was nicht als Leistung an den Gläubiger gelangt . . . also nicht die Erledigung aller unechten Verbindlichkeiten, wie Nußbaum sie genannt hat."

Nach dieser Auffassung wären zum mindesten alle sekundären Unterlassungspflichten nicht erfüllbar. Aber gegen die Ausführungen Schneiders ist dasselbe geltend zu machen, wie gegenüber der Nußbaum'schen Einteilung in echte und unechte Verbindlichkeiten. Diese Unterscheidung ist vollkommen willkürlich und beruht auf einer falschen Definition des Leistungsbegriffs. Leistung ist nicht nur „Uebertragung eines Gutes an den Gläubiger", sondern ganz allgemein das Verhalten, das der Schuldner vom Gläubiger zu fordern berechtigt ist.

---

51) Lehmann S. 207. Dagegen v. Gierke a. a. O. S. 365 f.

52) a. a. O. S. 5.

Nach alledem kann es als bewiesen gelten, daß auch die Unterlassungspflichten normale der Erfüllung fähige Verbindlichkeiten sind. Dafür, daß auch vom Gesetz die Bewirkung einer Unterlassung als Erfüllung angesehen wird, sprechen außerdem die §§ 339 und 345 BGB. Einmal spricht das Gesetz im § 339 von der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer Unterlassungspflicht; sodann sagt der § 345, der Schuldner habe „die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht“[53])

3. Sich bedienen zur Erfüllung einer Unterlassungspflicht.

Was man unter dem „sich eines Anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedienen“ zu verstehen hat, dafür läßt sich aus dem Gesetz nichts entnehmen. Es kann daher nur der Sprachgebrauch entscheiden. Danach bedeutet die Redewendung „sich eines Anderen bedienen“, daß man sich eine Person nutzbar macht, sie verwendet zur Erreichung eines bestimmten Zweckes, daß man sie einen mehr oder weniger großen Teil dessen tun läßt, was man sonst allein tun müßte[54]). Demnach bedient man sich eines Anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, wenn man ihn statt seiner selbst Erfüllungshandlungen vornehmen läßt.

Hieraus ergibt sich, daß es sich im § 278 nur um solche Verbindlichkeiten handeln kann, die auch von einem Anderen als dem Schuldner persönlich erfüllt werden können, denn sonst kann die zugezogene Person nicht anstatt des Schuldners erfüllen und es liegt kein „sich bedienen“, keine Gehilfenschaft vor. Mit anderen Worten es darf sich nicht um die Erfüllung einer hö persönlichen Verbindlichkeit handeln, wenn man davon sprechen will, daß der Schuldner sich eines Anderen zur Erfüllung dieser seiner Verbindlichkeit bediene.

Bereits oben haben wir die Behauptung Lehmann's, daß es sich bei der Unterlassungspflicht stets um eine höchstpersönliche Verpflichtung handelt, die ihrem Wesen nach nicht von der Person des Schuldners zu trennen ist, zurückgewiesen. Die Argumentation Lehmann's ist nicht

---

[53]) Das RG sagt ebenfalls in Bd. 63, 116: „Solange der Schuldner (gemäß seiner Unterlassungspflicht) die Handlung nicht vornimmt, befindet er sich im Stadium der Erfüllung.“

[54]) So Sachse 54.

stichhaltig, und es gibt auch keine anderen Gründe, aus denen man folgern könnte, daß die Unterlassungspflicht nicht auch durch eine andere Person als den Schuldner erfüllt werden könnte. Gewiß gibt es einzelne negative Verbindlichkeiten, die höchstpersönlichen Charakter haben, so z. B. die Pflicht des Ingenieurs [illegible]ne Betriebsgeheimnisse zu verraten, aber es gibt auch einzelne positive Leistungspflichten, die nur vom Schuldner persönlich erfüllt werden können. Wo die Unterlassungspflicht höchstpersönlich ist, folgt dies erst, genau wie bei der positiven Verbindlichkeit, aus dem Wesen der ein[illegible]en, individuellen Verpflichtung; in solchen Fällen wird der mit der Obligation bezweckte Erfolg durch die Zuziehung eines Gehilfen geradezu vereitelt. In den meisten Fällen dagegen ist auch ein Dritter in der Lage, die dem Schuldner obliegende Unterlassungspflicht für diesen zu erfüllen, d. h. das Verhalten zu beobachten, das von Seiten des Schuldners beobachtet als Pflichterfüllung erscheinen würde, ohne daß dadurch der mit der Verpflichtung erstrebte Erfolg in Frage gestellt wird. Dem B, welchem der A verpflichtet ist, keine Milch innerhalb des Bezirks M zu kaufen, ist es ganz gleichgültig, ob diese Verpflichtung von A persönlich erfüllt wird, oder ob der Prokurist des A für diesen unterläßt, denn es kommt ihm allein darauf an, daß alle Milch, die A erwirbt, nicht aus dem Bezirk M stammt. Ebenso ist es dem Vermieter allein darum zu tun, daß sein Haus ordentlich instand bleibt; ob die Obhutspflicht, sowohl ihr positiver als auch ihr negativer Teil, vom Mieter persönlich erfüllt wird oder von dessen Dienstboten, das ist ihm völlig gleichgültig.

Weiterhin ist es notwendig, daß die Erfüllungstätigkeit des Gehilfen mit Willen des Schuldners geschieht, damit man von einem „sich bedienen" sprechen kann. Brodmann[55]) möchte den Begriff des „sich bedienen" noch ein weiteres subjektives Moment unterschieben, das darin liegen soll, „daß die Zuziehung des Dritten zur Erfüllung nicht bloß mit Willen des Schuldners stattfindet, sondern daß die Erfüllung geradezu der Zweck der Zuziehung ist."

Tatsächlich liegt dieser Gedanke auch gar nicht so fern. Dies dürfte auch der Hauptgrund sein, warum es einem so sprachlich gekünstelt, ja beinahe sinnlos erscheint, davon zu sprechen, daß man sich eines Anderen zur Erfüllung einer Unterlassungspflicht bediene, denn man kann

[55]) a. a. O. S. 257.

nicht einen Dritte zu dem ausschließlichen Zweck zuziehen, um etwas nicht zu tun[56]).

Aber für den Begriff des Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 ist eine derartige Auslegung des „sich bedienen" ganz zweifellos zu eng und die Ansicht Brodmann's ist daher auch allgemein abgelehnt worden[57]). Es ist nicht notwendig, daß die Erfüllung der Verbindlichkeit den ausschließlichen oder vornehmlichen Zweck der Zuziehung des Gehilfen bildet, sondern es genügt, daß der Schuldner weiß, daß der Gehilfe für ihn erfüllt und daß er damit einverstanden ist. Wenn ich verpflichtet bin, eine Vase nach X zu bringen und ich gebe dieselbe einem Dienstmann mit, der gerade bei mir ist, um für mich einige Gepäckstücke ebenfalls nach X zu bringen, soll ich dann vielleicht nicht haften, wenn der Dienstmann die Vase unterwegs zerschlägt, nur weil ich den Dienstmann nicht zu dem Zweck zugezogen habe, die Vase nach X zu bringen, denn wegen der Vase allein hätte ich keinen Dienstmann genommen? Eine derartige Einschränkung der Gehilfenhaftung muß als willkürlich und unvereinbar mit dem Grundgedanken des § 278 abgelehnt werden. Hatten wir oben als das dem § 278 zugrunde liegende Motiv den Gefährdungsgedanken festgestellt, so muß es danach als eine ganz unbegründete Inkonsequenz erscheinen, wollte man einen Unterschied machen, ob der Gehilfe vom Schuldner mit bewußtem Willen oder zu dem ausschließlichen Zweck der Erfüllung zugezogen ist. Die Gefährdung ist in beiden Fällen die gleiche. Beide Male werden die Rechtsgüter des Gläubigers der Berührung mit Personen ausgesetzt, auf deren Auswahl er keinen Einfluß hat, und die ihm zu nichts vertraglich verpflichtet sind. Warum soll der Schuldner für die einen dieser Erfüllungsgehilfen nur nach § 831 BGB haften? Es muß daher für ein „sich bedienen" im Sinne von § 278 BGB genügen, so formuliert Hoffmann[58]), daß der „Vorsatz" des Schuldners darauf gerichtet ist, den Dritten zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung zu verwenden, nicht ist erforderlich, daß dies auch seine „Absicht" ist[59]).

---

[56]) Krier S. 21.

[57]) Gegen Brodmann auch Fuchs S. 303; Krückmann S. 245; Krier S. 21.

[58]) a. a. O. S. 143.

[59]) Vgl. auch RGZ 55, 332: „Keinesfalls darf die Grenze so eng gezogen werden, daß die betreffende Person speziell für die Schadensabwendung (es handelt sich um einen Fall des § 254, II BGB) zugegegen sein müßte".

Mit dieser Feststellung dürften auch die letzten mehr sprachlichen Bedenken gegenüber einer Anwendung des § 278 bei Unterlassungspflichten beseitigt sein. Ersetzen wir einmal die anstößigen Ausdrücke „Erfüllung" und „sich bedienen" durch die oben gewonnenen und im Hinblick auf die Eigenart der negativen Verbindlichkeit klareren Begriffe. Der § 278 würde danach lauten: Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, die das von ihm geschuldete Verhalten mit seinem Willen statt seiner beobachten sollen, in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Hiernach dürfte es wohl gar nicht mehr so sinnlos und sprachlich gekünstelt erscheinen, zu sagen, das Dienstmädchen, das der Mieter als Einhüterin in seiner Wohnung zurückläßt, sei Erfüllungsgehilfin bezüglich der von ihm übernommenen Verpflichtung zwischen 2—4 Uhr kein Klavier zu spielen. Bevor der Mieter verreiste, hatte er dem Dienstmädchen doch sicherlich aufgetragen, dafür Sorge zu tragen, daß während seiner Abwesenheit alles Klavierspielen etc. zur Mittagszeit unterbleibe[60]); damit hat er ihr die Beobachtung des von ihm geschuldeten Verhaltens übertragen und haftet, wenn sie das von ihm geschuldete Verhalten nicht oder nicht gehörig beobachtet. Ebenso ist es mit der Verpflichtung des Mieters, alle Beschädigungen der Mietsache, durch die seine Rückgabepflicht vereitelt wird, zu unterlassen. Durch die Einstellung eines Dienstmädchens, einer Köchin etc. läßt er diese Personen am Gebrauch der von ihm gemieteten Wohnung teilnehmen. Damit stellt er sie aber auch gleichzeitig unter die Pflicht, das von ihm dem Vermieter gegenüber geschuldete Verhalten gleichfalls zu beobachten[61]). Und zwar sollen sie das Verhalten anstatt seiner beobachten, denn da es sich um Personen handelt, die zum Mitgebrauch zugelassen sind, so soll jede dieser Personen das vom Mieter

---

60) Hätte er dies nicht getan, so würde er direkt nach § 276 BGB haften. Allerdings braucht dieser Auftrag nicht ausdrücklich zu erfolgen. So genügt es, wenn das Dienstmädchen schon früher von der Verpflichtung des Mieters in Kenntnis gesetzt war.

61) Dies muß man notwendigerweise annehmen. Wollte der Mieter sich darauf berufen, es sei nicht sein Wille gewesen, daß die Personen, die er zum Mietgebrauch zugelassen hat, das von ihm geschuldete Verhalten beobachten sollen, so könnte er dies nur mit der Behauptung, daß er diese Personen ausdrücklich von diesem seinem Willen in Kenntnis gesetzt habe. Dann war aber dies Verhalten von seiner Seite aus bereits schuldhaft, und er haftet direkt nach § 276.

geschuldete Verhalten jeweils in soweit beobachten, als sie die Mietsache benutzt. Der Mieter haftet also wenn eine dieser zum Mietgebrauch zugelassenen Personen ein Verschulden bei der Beobachtung des Verhaltens trifft, d. h. wenn sie die Mietsache schuldhaft beschädigt.

4. Abgrenzung des Personenkreises, für den der Schuldner einer Unterlassungspflicht nach § 278 haftet.

Mit der Erkenntnis, daß es sehr wohl möglich ist von einer Erfüllungsgehilfenschaft im Sinne von § 278 bei Unterlassungspflichten zu sprechen, ergibt sich aber auch gleichzeitig das Bedürfnis, eine Abgrenzung des Personenkreises, für den nach § 278 gehaftet wird, zu treffen. Mit anderen Worten, es wird die Frage akut: Wer ist Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht? Hatten wir oben festgestellt, daß man als Erfüllungsgehilfen einer positiven Verpflichtung diejenigen Personen aufzufassen hat, die der Schuldner anstatt seiner Erfüllungshandlungen verrichten läßt, so müßte danach Erfüllungsgehilfe einer Unterlassungspflicht sein, wer statt des Schuldners die diesem verbotene Handlung unterlassen soll. Mit dieser Formulierung ist aber offenbar nicht viel gewonnen, denn es läßt sich nicht so ohne weiteres feststellen, wann eine Person für den Schuldner unterlassen soll. Bei der positiven Verbindlichkeit ist dies anders. Die Erfüllung einer solchen positiven Pflicht ist sichtbar, und auch das Einverständnis des Schuldners mit der Erfüllung durch einen Dritten ist ohne weiteres aus dem untätigen Zusehen des Schuldners erkennbar. Die Erfüllung einer Unterlassungspflicht dagegen ist ein seelischer Vorgang, der äußerlich nicht ohne weiteres erkennbar ist, und außerdem läßt sich auch das Einverständnis des Schuldners mit der Erfüllung durch einen Dritten bei der Unterlassungspflicht nicht einfach aus dem untätigen Verhalten des Schuldners entnehmen, denn dieses untätige Verhalten gleicht äußerlich wiederum dem Unterlassen zur Erfüllung seiner Unterlassungspflicht. Krier hat daher eine eigene Definition für den Erfüllungsgehilfen einer Unterlassungspflicht aufgestellt, die jedoch, wie wir oben gesehen haben, nicht befriedigen kann. Man kann nicht sagen, daß alle Personen, die „mit Willen des Schuldners in der Lage sind die diesem verbotene Handlung vorzunehmen“ auch für den Schuldner, an seiner Stelle unterlassen sollen und daher Erfüllungsgehilfen sind. M. E. lassen sich überhaupt

nicht alle Fälle einer Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten unter einer bestimmten Formulierung zusammenfassen. Ausgangspunkt muß immer bleiben Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners für diesen unterlassen soll. Wann hiernach Erfüllungsgehilfenschaft vorliegt, d. h. wann ein Dritter wirklich mit Willen des Schuldners für diesen unterläßt oder wenigstens unterlassen sollte, das muß in jedem konkreten Fall besonders festgestellt werden.

So wird man bei den selbstständigen Unterlassungspflichten vor allem diejenigen Personen als Erfüllungshilfen aufzufassen haben, welche die positive Tätigkeit, bezüglich deren der Schuldner sich zu einem Unterlassen verpflichtet hat, für diesen, sei es als rechtsgeschäftlicher Vertreter oder als tatsächlicher Gehilfe ausüben. Deshalb ist z. B. der Prokurist des A Erfüllungsgehilfe bezüglich der von A gegenüber B eingegangenen Verpflichtung, keine Milch innerhalb des Bezirks M zu kaufen, denn A hat ihm den Einkauf von Milch — in bezug auf diese positive Tätigkeit hatte A sich dem B gegenüber zu einem Unterlassen verpflichtet — übertragen. Gleichzeitig hat er dem Prokuristen aber auch gesagt, er dürfe keine Kaufverträge innerhalb des Bezirks M abschliessen, er hat ihn also unter diese Unterlassungspflicht gestellt; der Prokurist sollte an seiner Stelle für ihn das dem B gegenüber geschuldete Verhalten beobachten. Deshalb sind auch die Angestellten des Kaufmanns, der sich verpflichtet hat, Waren nicht unter einem bestimmten Preis zu verkaufen, dessen Erfüllungsgehilfen bezüglich dieser Unterlassungspflicht, sobald er ihnen entsprechende Anordnungen erteilt hat. Ebenso ist der Bevollmächtigte des Aktionärs in der Generalversammlung dessen Erfüllungsgehilfe bezüglich der Verpflichtung des Aktionärs, sich bei der Abstimmung über eine bestimmte Frage der Stimme zu enthalten; nur muß der Aktionär seiner Bevollmächtigten von seiner Unterlassungspflicht unterrichtet haben. In allen Fällen handelt es sich also um Personen, die eine positive Handlung, in Verbindung mit welcher sich der Schuldner zu einem Unterlassen verpflichtet hat, für diesen vornehmen. So der Prokurist, der für seinen Chef Milch einkauft, der Handlungsgehilfe, der Waren im Laden verkauft, der Bevollmächtigte, der für den Aktionär in der Generalversammlung auftritt. Bei allen diesen Personen muß nnotwendigerweise angenommen werden, daß sie vom Schuldner angewiesen sind, seine Unterlassungs-

pflicht für ihn zu beobachten. Wollte der Schuldner sich auf das Gegenteil berufen, so läge in der Versäumung einer entsprechenden Instruktion ein Verschulden, auf Grund dessen er direkt nach § 276 haften würde. Man wird also mit Recht sagen können, daß Erfüllungsgehilfen einer selbstständigen Unterlassungspflicht diejenigen Personen sind, welche die positive Tätigkeit, in Verbindung mit welcher sich der Schuldner zu einem Unterlassen verpflichtet hat, für diesen ausüben.

Nun liegt es aber nahe, hiergegen einzuwenden, daß es doch auch Unterlassungspflichten gibt, die in überhaupt keiner Beziehung zu irgend einem Tätigsein oder Handeln des Schuldners stehen. Hierbei ist aber zu beachten, daß gerade in diesen, übrigens äußerst seltenen Fällen, die Unterlassungspflicht höchstpersönlicher Natur und daher eine Gehilfenschaft unmöglich ist. So z. B. die bereits mehrfach erwähnte Schweigepflicht des Ingenieurs oder die Verpflichtung zur Nichtbeteiligung an der Wahl. Derartige Unterlassungspflichten müssen auch notwendigerweise stets höchstpersönlicher Natur sein, denn in solchen Fällen würde die Zuziehung eines Gehilfen doch nur gerade zu dem Zwecke der Erfüllung dieser Unterlassungspflicht erfolgen können, und wie wir bereits festgestellt haben, ist es nicht denkbar, daß man jemanden zu dem ausschließlichen Zweck zuzieht, um etwas nicht zu tun.

Was die Frage, wer Erfüllungsgehilfe einer sekundären Unterlassungspflicht[62]) ist, angeht, so haben wir dies für den praktisch wichtigsten Fall, nämlich den der Miete, bereits oben festgestellt[63]). Als Erfüllungsgehilfen des Mieters für seine Verpflichtung alles zu unterlassen, wodurch seine Pflicht zur unversehrten Rückgabe der Mietsache vereitelt oder gefährdet wird, kamen danach alle diejenigen Personen in Betracht, die vom Mieter absichtlich und wissentlich zum Mitgebrauch zugelassen werden. Der Mieter haftet also nach § 278 für Beschädigungen der Mietsache durch seine Familienangehörigen, Gäste, Dienstboten, Aufwartepersonal,

---

[62]) Für die kombinierten Unterlassungspflichten gilt dasselbe, wie für die primären.

[63]) oben S. 49/50.

[64]) so im wesentlichen auch Hoffmann S. 142 ff.; Sachse S. 75; Feder S. 49; Scheuermann S. 43; Krier S. 24 ff.; Hock S. 75; Titze S. 89; Heinsheimer S. 135; Endemann S. 169, 1; Enneccerus § 267 Anm. 9; Staudinger § 278 Erläuterung I, 2b; Rehbein 2 S. 109; RGR-Kom. § 278 Anm. 3 S. 462.

Handwerker, evtl. Patienten oder Klienten; nicht dagegen haftet der Mieter für Lieferanten, Bettler und sonstige ungebetene Gäste[64]). In den übrigen Fällen sekundärer Unterlassungspflichten werden ungefähr dieselben Gesichtspunkte maßgebend sein. So bei der Leihe oder bei der Verpflichtung des Verkäufers alles zu unterlassen wodurch die Uebergabe der verkauften Sache vereitelt wird. Im letzten Fall wird allerdings Erfüllungsgehilfe nicht nur der sein, dem der Verkäufer den Gebrauch der Sache überläßt, sondern vor allem diejenigen Personen, deren Obhut er den verkauften Gegenstand anvertraut hat. So haftet der Verkäufer einer verkauften aber noch nicht übergebenen kostbaren Meissener Porzellanfigur nach § 278, wenn einer seiner Angestellten dieselbe schuldhaft zerschlägt.

5. Abgrenzung von „in Erfüllung" und „bei Gelegenheit der Erfüllung" einer Unterlassungspflicht.

Zum Schluß ist noch auf eine eigentümliche Einschränkung einzugehen, die die herrschende Lehre speziell bezüglich der Haftung des Mieters für Beschädigungen der Mietsache durch Dritte macht. Trotz grundsätzlicher Anerkennung des Erfüllungsgehilfenverhältnisses soll danach der Haftungsfall nur dann als gegeben anzusehen sein, wenn der Mitgebrauchende in Ausübung „der ihm übertragenen Verrichtung" oder bei einer „Gebrauchshandlung" eine Beschädigung der Mietsache verursache, andernfalls sei der Schaden bloß „bei Gelegenheit der Erfüllung" entstanden. So hafte der Mieter nicht, wenn das Dienstmädchen beim Plaudern mit dem Nachbarmädchen eine Fensterscheibe eindrücke, während er für den Schaden aufkommen müsse, wenn dies beim Putzen des Fensters geschehe[65]). Ebenso könne der Mieter nicht belangt werden, wenn nicht das Dienstmädchen beim Putzen, sondern die Amme eine Fensterscheibe zerschlage, während sie dem Kinde im Schlafzimmer die Brust gebe[66]). Nach Oertmann's Ansicht[67]) soll der Mieter nicht haften, wenn die Köchin eigenmächtig im Salon den Gashahn aufdreht, denn dort hat sie ja nichts zu suchen; der Mieter haftet dagegen wohl, wenn sie in der Küche unvorsichtig mit dem Feuer umgeht und dadurch

---

[65]) Planck Anm. 2 b zu § 278; Staudinger § 535 Anm. B V 1 a.
[66]) so Dernburg § 68 III c.
[67]) § 278 Anm. 7 b.

einen Brand verursacht. Nach der Auffassung des RG[68]) soll der Mieter eines Schuppens, in welchem feuergefährliche Gegenstände aufbewahrt werden nicht haften, wenn einer seiner Arbeiter sich während der Arbeit eine Zigarette anzündet, das Streichholz achtlos wegwirft und dadurch Schaden anrichtet. Die Verwendung des Streichholzes, durch welches der Brand entstanden sei, stände in keiner Beziehung zu der ihm, dem Arbeiter, aufgetragenen Verrichtung.

Mit Recht bezeichnet Dernburg[69]) selbst derartige Unterscheidungen als befremdlich. In Wirklichkeit ist in allen obigen Fällen der Schaden ja auch stets „in Erfüllung" und niemals bloß „bei Gelegenheit der Erfüllung" entstanden. Die Fehlerquelle dieser eigentümlichen Entscheidungen ist darin zu suchen ,daß das RG und ein Teil der Literatur die Haftung des Mieters aus der Uebertragung der positiven Obhutspflicht auf den Dienstboten herleiten möchte. Daher kommt man dann zu der durch nichts gerechtfertigten Unterscheidung, ob der Dienstbote „in Ausübung der ihm übertragenen Verrichtung" gehandelt hat oder nicht; der Köchin ist die Obhut nur für die Küche, dem Dienstmädchen für die Wohnzimmer, der Amme überhaupt nur die Sorge für das Kind übertragen. Diese Unterscheidung mag für den rein positiven Teil der Obhutspflicht vielleicht stimmen, aber der negative Teil der Obhutspflicht, d. h. die Pflicht zur Unterlassung aller schädigenden Einwirkungen auf die Mietsache ist dem Dienstboten doch schon mit der Gebrauchseinräumung, und nicht erst mit der Zuweisung einer bestimmten positiven Pflicht übertragen. Dabei erstreckt sich die Zulassung zum Mitgebrauch auf die ganze Mietsache. Die Köchin soll auch unter Umständen des Salon betreten, die Amme und das Dienstmädchen sollen auch einmal in die Küche gehen. Die Köchin handelt also „in Erfüllung" der dem Mieter obliegenden und ihr übertragenen Unterlassungspflicht, wenn sie im Salon den Gashahn öffnet, oder das Dienstmädchen oder die Amme, wenn sie beim Plaudern, Putzen oder sonst welcher Gebrauchsausübung eine Fensterscheibe eindrücken.

Ebenso wenig ist eine Einschränkung der Haftung des Mieters für den Fall, daß der Mitgebrauchende „bei einer Gebrauchshandlung" die Mietsache beschädigt, gerechtfertigt. Der Gebrauch ist doch keine „in einzelnen Etappen

[68]) RGZ 87, 276.
[69]) a. a. O. § 68 III c.

und auf einander folgenden Ereignissen sich stoßweise vollziehende Tätigkeit, sondern ein fließendes Geschehen. Ich benutze die Fenster meiner Wohnung und die darin befindlichen Scheiben nicht nur wenn ich letztere putze oder erstere öffne, sondern auch wenn ich durch sie hinaussehe und wenn ich beim durchscheinenden Tageslich lese und anderes tue“[70]). Ebenso erstreckt sich der Gebrauch des gemieteten Schuppens durch den Arbeiter des Mieters auf die ganze Zeit, während der sich der Arbeiter auf Veranlassung des Mieters in dem Schuppen aufhält; nicht nur auf die Zeit, wo er die ihm aufgetragene Arbeit verrichtet[71]).

Eine Einschränkung im Sinne der herrschenden Lehre unter Anlehnung an die bei § 278 übliche Unterscheidung von „in Erfüllung“ und „bei Gelegenheit der Erfüllung“ ist also nicht gerechtfertigt. Alle Beschädigungen der Mietsache durch den Mitgebrauchenden während der Dauer seines Mitgebrauches sind „in Erfüllung“ der dem Mieter obliegenden Unterlassungspflicht begangen[72]).

---

[70]) Brodmann S. 247.

[71]) So auch Heinsheimer, DJZ 1916 S. 1111.

[72]) Gegen die herrschende Meinung auch Sachse S. 91 ff., Krier S. 30 ff., Brodmann S. 248 ff., Krückmann S. 242.

Das Ergebnis.

Mit der Feststellung, daß es sehr wohl möglich ist, den § 278 BGB auch in solchen Fällen anzuwenden, in denen die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, ist die Grundlage für Entscheidungen gegeben, welche der Billigkeit und dem natürlichen Rechtsempfinden entsprechen. Man hat es nicht mehr nötig, dem Rechtsbedürfnis nach Haftung für die Zuwiderhandlungen Dritter bei Unterlassungspflichten mit einer analogen Anwendung des § 278[73]), einer extensiven Interpretation des Paragraphen[74]) oder durch die Unterstellung eines Garantieversprechens für das Verhalten bestimmter Personen[75]) gerecht zu werden.

Was gerade die Haftung des Mieters für Zuwiderhandlungen Dritter nach § 278 BGB angeht, so zeigt auch ein Vergleich mit dem ausländischen Recht und mit den römischen Quellen, daß hier die folgerichtige Anwendung des § 278 zu einem durchaus billigen Ergebnis führt.

So kennt das französische Recht eine Haftung für die Personen, die „bei dem Mietsmanne ab- und zugehen", während das tschechoslovakische Recht den Mieter für das Verschulden der Personen, „die er im Gebrauch geduldet hat", einstehen läßt[76]).

In demselben Sinne entschieden sich auch schon die römischen Juristen. So Ulpian im 32. Buch zum Edikt:

> l. 11 pr. D. locati conducti 19, 2.
> videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? . . . . mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit praestet suo nomine.

Oder noch weitgehender Gaius im 10. Buch zum Provinzialedikt:

> l. 25 § 4 D. eod.
> culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.

---

73) Krückmann S. 262.

74) Feder S. 46.

75) Lehmann S. 29; Stephan S. 125.

76) Vgl. die näheren Nachweise bei Krier S. 25/26 Anm.